Die Surrogation beim Kindesvermögen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Freiburg i. Brg.

vorgelegt von

Heinrich Beckmann

Gerichtsreferendar

aus Herne/Westfalen

1935

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Referent: Geheimrat Professor Dr. Merkel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Bellermann: Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer. Diss. Straßburg 1910.

Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im BGB. Diss. Marburg 1905.

Brill, Alex.: Die Surrogationsbestimmungen des ehelichen Güterrechts im BGB., insbesondere die §§ 1370, 1381. Tübinger Diss, Darmstadt 1903.

Crome: System des deutschen Privatrechts.

Enneccerus — Kipp — Wolff: Lehrbuch des bürg. Rechts:
IV. Bd. Kipp-Wolff: Familienrecht, 7. Aufl., 1931.
V. Bd. Kipp: Erbrecht, 8. Aufl., 1930.

Feist: Prinzip der dinglichen Surrogation im Familienrecht und Erbrecht. Tübing. Diss. 1903.

Fuchs: Familienrecht. München 1909.

Grüchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Grüch.).

Holldack in Grünhuts Zeitschrift 1905, Bd. 32, S. 557 ff.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (K.G.J.).

Kohler: Vermögen als sachenrechtliche Einheit. Arch. bürg.R., Bd. 22, S. 1 ff.

Laux, Georg: Personen- und Vermögenspflegschaft. Iher. Jahrb., Bd. 71, S. 720.

— Die Pflegschaft für verwaltungsfreies Vermögen des Kindes und des Mündels. Z. Bl. f. fr. G., Bd. 21, S. 420.

Lehmann, Heinr.: Familienrecht des BGB. Berlin 1926.

Leonhard: Der Erbschaftsbesitz. Jena 1899.

Mitteis: Bürg. Recht: Familienrecht, 2. Aufl., 1928.

— „Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts". in: „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben". Festgabe der jur. Fakultät zum 50jähr. Bestehen des Reichsgerichts. III. Bd.

Motive zum Entwurf des BGB. Berlin, Leipzig 1888 (Mot.).

Mugdan: Die gesammelten Materialien zum BGB.

Opet u. von Blume: Kommentar zum BGB.: Familienrecht 1900.

Opet: in J.W. 1917, S. 711.

Planck: Das bürgerl. Gesetzbuch. Ausgabe 1927.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1898 (Prot.).

Raasch: Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage. Diss. Greifswald 1903.

Recht: Das Recht, herausgegeben von Soergel.

Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).

Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (RGZ.).

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 7. Auflage 1928 (RGR.Kom.).

Riss: Erziehungsrecht und Vertretungsmacht. JR. 1926/119.

Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozeß, 3. Aufl., 1931.
Schmidt, Arthur: Familienrecht: „Die bürg. Ehe". 1907.
Schmitt: Die Surrogation im BGB. Diss. Gießen 1902.
Siber: Verwaltungsrecht am fremden Vermögen im BGB. Iher. Jahrb. 67/97.
Soergel: Das bürgerl. Gesetzbuch 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1926.
Thiele: Studien zum ehelichen Güterrecht. Arch. ziv. Prax., Bd. 91, S. 1 ff.
Tuhr, von: Der allgem. Teil des BGB. 1918.
Thür. Bl.: Blätter für die Rechtspflege in Thür. und Anhalt, Bd. 54, S. 279.
Ullmann: Das gesetzliche ehel. Güterrecht in Deutschland. Berlin 1903.
— in JW. 1903, S. 234.
Waller: Die Surrogation. Diss. Bonn 1904.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1932.
— Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivilrechts.
— Jahrbuch der Entscheidungen.
Windmüller: Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" nach gemein. Recht und BGB. Heidelberg 1902.
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts: „Das ehel. Güterrecht". 1904.

Gliederung.

Seite

1. Abschnitt:

Gibt es im bürgerlichen Gesetzbuch einen allgemeinen Surrogationsgrundsatz? 1

2. Abschnitt:

Die einzelnen Anwendungsfälle des Rechtsgedankens der Surrogation 7

§ 1 „Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechts erlangt ist“ 7

§ 2 „Was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Sondervermögen gehörenden Gegenstandes erlangt ist“ 12

§ 3 „Was erlangt ist durch ein Rechtsgeschäft“, und zwar: 16

a) mit Mitteln des betreffenden Vermögens 18
oder

b) in Beziehung auf dasselbe 25

3. Abschnitt:

Der Rechtsgedanke der Surrogation in seiner Anwendung auf das Kindesvermögen: 29

§ 1 Beim allgemeinen Kindesvermögen 30

§ 2 Bei den Sondervermögen des Kindes:

a) dem Kindesvermögen nach § 1638 BGB. 33

b) dem sogenannten freien Kindesvermögen nach § 1651 BGB. 34

Ergebnisse der Untersuchungen 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0060

Einleitung.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch tritt uns an vielen Stellen der Rechtsgedanke der Surrogation entgegen. Das Verhältnis vom elterlichen Gewalthaber zum Kinde in Bezug auf das Kindesvermögen hat den Gesetzgeber veranlaßt, zum Schutze des Kindesvermögens auch Surrogationsbestimmungen zu treffen. Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, diese Bestimmungen beim Kindesvermögen zu untersuchen, vor allem die Folgen, die bei Verfügungen des elterlichen Gewalthabers ohne Verfügungsberechtigung eintreten.

Für die Untersuchung dienen die §§ 1646, 1638 und 1651 BGB. als Grundlage.

I. Abschnitt:

Gibt es im bürgerlichen Gesetzbuch einen allgemeinen Surrogationsgrundsatz?

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Eltern und Kindern räumt den Eltern ihren unerfahrenen Kindern gegenüber weitgehende Rechte ein. Daraus erklärt sich auch die starke elterliche Gewalt. Der Gesetzgeber hat aber nicht unberücksichtigt gelassen, daß solche Sonderrechte die Möglichkeit einer Gefährdung der Belange des Kindes in sich schließen. Das Kind braucht einen Schutz gegen den möglichen Mißbrauch der elterlichen Gewalt, gegen ein willkürliches Ausnutzen der auf Grund des Vertrauensverhältnisses gewährten Rechte.

Daher hat der Gesetzgeber dem natürlichen Schutzbedürfnis des Kindes dadurch Rechnung getragen, daß er den Eltern nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten auferlegte, die die Sorge sowohl für die Person als auch für das Vermögen des Kindes umfassen.

Das Kind ist geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig und kann daher sein Vermögen nicht selbst verwalten. Die Sorge hierfür muß ihm also irgend jemand abnehmen: Der gesetzliche Vertreter. Das ist in allen Fällen der elterliche Gewalthaber, sofern diesem nach den besonderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht die Vermögensverwaltung entzogen ist.

Auch über den Umfang dieser Vermögensverwaltung trifft das Gesetz Bestimmungen. Diese enthalten insbesondere die Anweisung, die Verwaltung in ordnungsgemäßen Grenzen durchzuführen.

Zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung gehören nun auch Verfügungen über einzelne Teile des Kindesvermögens. Verfügt der elterliche Gewalthaber über solche Teile, so wird er nicht immer offen als Vertreter des Kindes auftreten, weil er das Kindesvermögen nach außen hin wie sein eigenes verwaltet. Nach den Grundsätzen der Stellvertretung würde gemäß § 164 Abs. 2 BGB. der elterliche Gewalthaber dann Eigentümer des Neuerworbenen werden. Ihm kommt es nicht zum Bewußtsein oder er weiß es vielleicht auch wirklich nicht, daß zum Eigentumserwerb des Kindes ein besonderer Uebertragungsakt nötig ist. Deshalb unterläßt der elterliche Gewalthaber in den meisten Fällen diesen Uebertragungsakt, obwohl er fast stets die Absicht hat, für das Kind zu erwerben.

Einem Kinde wird es später immer schwer fallen, den Nachweis des Uebertragungsaktes, also seines Eigentums zu erbringen. Wohl ist dem Kinde beim Konkurse des Vaters gemäß § 61 (5) K.O. eine besondere Stellung und zwar bevorzugte Befriedigung eingeräumt, aber dem Gesetzgeber schien diese Regelung nicht zu genügen. Er

hat auch für Fälle außerhalb der Konkursordnung besondere Schutzmaßnahmen getroffen.

Dies hat Bedeutung in allen Fällen, in denen beim elterlichen Gewalthaber die Absicht anzunehmen ist, daß er für das Kind erwerben will. Hier soll ein besonderer Uebertragungsakt nicht erforderlich sein, damit sich das Vermögen des Kindes nicht nur in Ersatzforderungen gegen den Vater auflöst[1]). Das Gesetz will einfach einen Gegenstand als Ersatz für einen andern einstellen, ohne besonderen Uebertragungsakt. Dies ist der Rechtsgedanke der Surrogation.

In derselben Gedankenrichtung liegen die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Erhaltung von Sondervermögen.

An dieser Stelle muß zunächst der Begriff „Sondervermögen" klar gestellt werden. Ganz allgemein ist Vermögen ein Inbegriff von Sachen und Rechten und erhält seinen Namen durch seine Beziehung zu einer Person, dem Eigentümer, und zwar so gedacht, daß eine Person Sachen und Rechte in ihrer Hand vereinigt. Es charakterisiert sich also das Vermögen durch seine Beziehung zu dem Träger des Vermögens. Das Sondervermögen jedoch muß darüber hinaus noch einen bestimmten Zweck erfüllen, um als Sondervermögen gelten zu können. Als solches ist z. B. anzusehen: das Vorbehaltsgut der Frau oder das freie Kindesvermögen. Beide haben den juristischen Zweck der Haftungsgrenze oder den der Sicherung.

Das Prinzip der Erhaltung solcher Sondervermögen kann aber nur in der Weise durchgeführt werden, daß der Ersatz für zerstörte und beschädigte Gegenstände ohne Weiteres an die Stelle der ausgeschiedenen Gegenstände tritt oder daß über einzelne Gegenstände rechtsgeschäftlich nur so verfügt werden darf, daß der Ersatz für die ausgeschiedenen Gegenstände dem betreffenden Vermögen wieder zufällt. Der Vorgang stellt sich als ein nie rastender wirtschaftlicher Wechsel dar. „Um darin eine Stetigkeit in rechtlicher Beziehung zu schaffen, hat das BGB. die Surrogation durchgeführt, den Rechtsgedanken, daß jeder neue Wert, dessen Erwerb mit einer Vermögensmasse zusammenhängt, in ihren Bannkreis treten soll[2])."

Kohler (S. 9) definiert diese Surrogation dahingehend, daß alles das, was durch das eine Vermögen erworben wird, diesem Vermögen erworben wird; denn jedes Vermögen wird als in sich geschlossenes Vermögen verwaltet, mag es allgemeines oder Sondervermögen sein, mag es von fremden Händen oder Händen des Vermögenssubjekts verwaltet sein. Kohler sieht jedes Vermögen eben als eine sachenrechtliche Einheit. Der in jedem Vermögen lebendige einheitliche Wirtschaftszweck überwindet die Rechtswirkungen der Verfügungen über seine einzelnen Teile.

Anders ist nach Kohler freilich die Surrogation zu beurteilen, wenn eine Person neben ihrem eigenen Vermögen noch ein Vermögensganzes als fremdes Vermögen innehat[3]). Hier stehen sich zwei Interessenkreise gegenüber. In diesem Falle soll die Person die Befugnis haben, durch ihre Erklärung zu bestimmen, in welchen Rechtskreis der Erwerb eintritt. „Dies ist ein Ur- und Grundrecht der Person, das nicht angetastet werden soll."

Fehlt es jedoch an einer solchen Erklärung, so wirkt sich nach Kohlers Ansicht die Surrogation oder wie er sagt: der „Surrogations-

[1]) Prot. IV, S. 187.
[2]) Brill, S. 5.
[3]) Kohler, S. 12.

grundsatz" — auf den später noch zurückzukommen sein wird — in der Weise aus, daß das Gesetz zum Zwecke der Erhaltung des Sondervermögens einen zivilrechtlichen Vermutungsgrundsatz aufstellt. Dieser besagt, daß das Erworbene demjenigen Vermögen zugute kommt, aus dem die Mittel zu dem Erwerb genommen sind.

Unter den verschiedenen Meinungen ist jedoch der Auffassung Schmitts (S. 12), der die Surrogation als wirtschaftliche Ausnahmemaßregel betrachtet, der Vorzug zu geben.

Wie oben festgestellt wurde, ersetzt die Surrogation den Eigentumsübertragungsakt, steht also mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Stellvertretung in Widerspruch. Allein aus wirtschaftlichen Bedürfnissen heraus hat der Gesetzgeber es als Ausnahmemaßregel zugelassen, daß durch die Surrogation die allgemeinen Rechtsgrundsätze durchbrochen werden. Ebenso ist es bei der Surrogation beim Sondervermögen. Es gilt doch bei Vermögenserwerb allgemein der Satz, daß jeder Erwerb in das allgemeine, nicht in das Sondervermögen fällt. Die Surrogation stellt sich also als eine Einrichtung dar, die nur auf Grund des Gegensatzes zwischen wirtschaftlichen Bedürfnissen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen geboren ist. Eine solche Ausnahmemaßregel ist aber nur dann anzuwenden, wenn das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt [4]). Analogie ist vollkommen ausgeschlossen.

Der Rechtsgedanke der Surrogation ist im BGB. nicht etwa neu eingeführt. Schon das römische Recht und das gemeine Recht kannten eine Surrogation. Das gemeine Recht vertrat sogar einen Surrogationsgrundsatz. In der Literatur herrschte auch früher die Ansicht, daß bei den universitates juris der Surrogationsgrundsatz allgemeine Geltung habe. Es galt allgemein der Satz: „In universitatibus juris pretium succedit in locum rei, res in locum pretii [5])." Bei näherer Untersuchung stellte sich aber heraus, daß dem Satz allgemeine Geltung nicht zukam. „Zwar wird im allgemeinen seine quellenmäßige Existenz nicht mehr bezweifelt, aber seine Anwendung lediglich auf den Nachlaß beschränkt [6])."

Das BGB. hat den Rechtsgedanken der Surrogation aufgenommen. Die Gesetzgeber trugen sich mit dem Gedanken, ein allgemeines geltendes Surrogationsprinzip zu normieren. Man erkennt es daran, daß sie es in vielfachen Einzelbestimmungen zum Ausdruck gebracht haben. Die Durchführung der Surrogation für jeden gleichartig gelagerten Fall schien den Gesetzgebern allerdings nicht tunlich. Die Frage mußte nach dem Bedürfnis des praktischen Lebens in jedem Einzelfall gelöst werden. Schon die Motive III, S. 29, erklärten „das Surrogationsprinzip für keine allgemeine Rechtswahrheit. Das Gesetz könne es nur für einzelne Rechtsverhältnisse aus praktischen Rücksichten verwerten." Wohl hat das BGB. den Rechtsgedanken der Surrogation weiter ausgebaut. Im römischen Recht verstand man nämlich unter Surrogation nur das Einstellen eines Gegenstandes als Ersatz für einen ausgeschiedenen. Heute ist die Surrogation ein Zwiefaches, das auf die Gründe zurückgeht, die zur Einführung der Surrogation geführt haben.

Soll der Uebertragungsakt ersetzt werden, soll also die Surrogation entscheiden, in welchen Rechtskreis der von einem fremden Ver-

[4]) Feist, S. 13.
[5]) Windmüller, S. 15; Holldack, S. 560/61.
[6]) Windmüller, S. 7; Holldack, S. 561; R.G.Z. VII, S. 210.

walter gemachte Vermögenserwerb fällt, wenn er „mit Mitteln des fremden Vermögens" etwas erworben hat, dann hat die Surrogation den Sinn, daß an die Stelle des aufgewendeten Vermögensgegenstandes der Erwerb als Ersatz in dessen rechtliche Bestimmtheit eintritt. Die Surrogation gilt mehr als Vermutung. Kohler spricht ja auch, wie bereits oben gesagt, von einem zivilistischen Vermutungsgrundsatz. Anders ist der Sinn der Surrogation bei Sondervermögen. Zur Erhaltung und Verwaltung von Sondervermögen sind rechtsgeschäftliche Verfügungen über einzelne Vermögensstücke nicht immer vermeidlich. Es soll aber verhindert werden, daß durch solche Verfügungen die Vermögenswerte in ihrer Gesamtheit verringert werden. Umgekehrt ist gegen eine Vermehrung der Werte natürlich nichts einzuwenden. Daher fällt auch jeder Gewinn, der ohne Aufopferung von Vermögensgegenständen erworben wird, z. B. Zinsen, dem Sondervermögen zu. Deshalb wählte der Gesetzgeber die Formulierung: „Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Sondervermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben ist, das sich auf das Sondervermögen bezieht." Der Sinn der Surrogation ist also hier der, daß ein Gegenstand in gewissen Fällen vermittels eines Rechts oder Rechtsgeschäfts einer Vermögenseinheit anwächst.

Kann man hierbei nun überhaupt von einem Surrogationsprinzip sprechen, mit andern Worten: Kann man die Surrogation als ein Prinzip auffassen? Ein Prinzip ist doch im allgemeinen einheitlich. Gerade das Prinzip drängt dazu, nach einer Richtung hin die Lösung zu suchen. Entscheidet man nach dem Prinzip, so kann die Entscheidung nur in einem bestimmten Sinne gefällt werden. Nur in e i n e r Weise kann ein Prinzip zur Anwendung kommen[7]).

Bei Betrachtung der Surrogation im BGB. tritt sofort eine Verschiedenartigkeit auf. Verschieden ist schon nach außen hin die Formulierung, in der die Surrogation zum Ausdruck gebracht wird. Zwei Bestimmungen treten hauptsächlich in die Erscheinung: „Was erworben ist durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf das Sondervermögen bezieht" und „was mit Mitteln des Vermögens erworben ist". Schon der verschiedene Ausdruck deutet auf einen verschiedenen Sinn der beiden Surrogationsbestimmungen hin. Hiermit beschäftigen sich alle Schriftsteller und versuchen, irgend eine Lösung zu finden. Thiele (S. 3) spricht von zwei Grundformen des Surrogationsprinzips. Er behält also den Ausdruck Surrogationsprinzip bei, trotzdem bei diesen Formen „die zu Grunde liegende gesetzgeberische Idee verschiedenartig ist". Schmitt gibt zu, daß es kein allgemeines Surrogationsprinzip gibt, und macht die Unterscheidung zwischen Surrogation bei Vermögen und Surrogation bei Einzelgegenständen. Zu ersteren zählt er die Bestimmungen z. B. der §§ 1370, 1638_2, zu letzteren die der §§ 1381, 1646. Diese letzteren Bestimmungen sind aber doch auch in erster Linie aus dem Gedanken der Vermögenssurrogation geschaffen worden; denn z. B. der § 1381 hatte früher genau denselben Wortlaut wie der § 1370, was sich aus den Materialien ergibt. Deshalb ist diese Unterscheidung nicht einzusehen.

Nach Windmüller (S. 12/13) „variiert im einzelnen das Prinzip in seinen verschiedenen gesetzlichen Anwendungsfällen hinsichtlich

---

[7]) Siehe auch Waller, S. 25/26.

der Frage, was als Surrogat anzusehen ist". Kohler und auch Beyer gebrauchen das Wort Surrogation nur in einem Sinn und bezeichnen den anderen Surrogationsfall als Bewidmung. Der erste, der klar die allgemeine Geltung des Surrogationsprinzips leugnet und auch die Folgen daraus zieht, ist Wieruszowski. Für ihn scheiden diejenigen Fälle als echte Surrogationsfälle aus, in denen das Gesetz die Wirkungen eines Rechtsverhältnisses auf Vermögenswerte erstreckt, die kraft rechtlichen oder wirtschaftlichen Erwerbszusammenhangs nicht an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes treten, sondern zu diesem hinzutreten [8]).

Es besteht also kein Zweifel daran, daß der Sinn der Surrogation in den verschiedenen Anwendungsfällen des Gesetzes ein verschiedener ist. Trotzdem sprechen auch die Kommentatoren von einem Surrogationsprinzip, so z. B. Planck, Opet und von Blume zu § 1370, Oertmann zu § 281. Die Materialien zum BGB. [9]) gehen sogar soweit, von einer Anerkennung des Surrogationsprinzips zu sprechen. Ebenso behauptet von Tuhr, Bd. I_1, S. 335: „Surrogation dürfte als allgemeines Prinzip auch bei den Sondergütern angewendet werden, bei denen das Gesetz schweigt." Richtiger drückt sich Enneccerus (Bd. I, § $125\,I_1$) aus: „Bezüglich der meisten Sondervermögen gilt allerdings der Grundsatz, daß gewisse ausscheidende Vermögensgegenstände durch andere an ihre Stelle tretende ersetzt werden; aber dieses sogenannte Surrogationsprinzip gilt für die einzelnen Sondervermögen nur mit erheblichen Verschiedenheiten, ja sogar bezüglich desselben Sondervermögens bestehen bisweilen Unterschiede, je nach den verschiedenen Beziehungen, in denen das Sondervermögen in Betracht kommt." Staudinger [10]) erklärt, daß die „Bezeichnung sämtlicher Tatbestände des § 1370 als „Surrogationserwerb" allerdings nicht völlig zutreffend ist, aber allgemein üblich und wohl auch praktisch unbedenklich". Aus Gründen der Bequemlichkeit wird fast überall der Ausdruck Surrogationsprinzip gebraucht. Wie wir oben festgestellt haben, kann aber ein Prinzip nur einen eindeutigen Sinn haben. Es kann sein Wesen nicht verändern, je nach der rechtlichen Lage, in der der ursprüngliche Gegenstand sich befindet. Das Reichsgericht [11]) hat in einer Entscheidung festgestellt, daß „der Grundsatz der Surrogation kein allgemein geltender, sondern in Ansehung seiner Wirksamkeit und seines Umfanges nach den einzelnen ihn betreffenden Bestimmungen zu bemessen ist. Damit ist der in einer Reihe gesetzlicher Bestimmungen zu Tage tretende Rechtsgedanke gemeint, daß das durch die Veräußerung von Vermögensgegenständen Erlangte ohne weiteres an die Stelle des Veräußerten und in dessen rechtliche Bestimmtheit eintritt. (Pretium succedit in locum rei)." Auch hier handelt es sich wieder um einen Grundsatz, ein Prinzip, dessen Wirksamkeit und Umfang verschieden ist. Das ist nicht zulässig. Man läßt das Surrogationsprinzip in einem einzigen Sinne zur Anwendung kommen oder läßt das Wort Prinzip überhaupt fallen und spricht nur von einer Surrogation. Nach meiner Ansicht gibt es nur den Rechtsgedanken der Surrogation im BGB. und kein Surrogationsprinzip mit verschiedenartigem Sinn. Will man eine gemeinsame Bezeichnung für

---

[8]) Wieruszowski, S. 316.
[9]) Gesammelte Materialien zum BGB. von Mugdan, Bd. IV, S. 268.
[10]) Staudinger, § 1370.
[11]) R.G. 105/87.

die verschiedenen Surrogationsformen finden, so kann man höchstens von Anwendungsfällen des Rechtsgedankens der Surrogation sprechen.

Ablehnen möchte ich allerdings die Ansicht von Waller[12]), der in seiner Schrift überhaupt den Ausdruck Surrogation verwirft. Er glaubt, daß „im Zeitalter der deutschen Sprachreinigung die praktische Einbürgerung eines den wenigsten Juristen geläufigen und in der Tat gänzlich entbehrlichen Fremdwortes schwer zu erwarten sei". An die Stelle dieses Wortes versucht er die Bezeichnung „Ersatz- und Zuwachsverfangenschaft" einzusetzen, überhaupt eine Bezeichnung, „die auch vor allem die Duplizität des Vorganges betonen müßte". Die Zeitentwicklung hat ihm Unrecht gegeben. Heute ist der Ausdruck Surrogation allgemein anerkannt. Man spricht sowohl bei den §§ 281, 818, 2169 wie 1381, 1525^{II}, 1646, 2019 als auch bei den §§ 718_{II}, 1370, 1440_{II}, 1524, 1546, 1638^{II}, 2041 und 2374 BGB. von Surrogation. Meines Erachtens besteht darum kein Grund, von dem Ausdruck Surrogation völlig abzugehen, solange nicht ein geeigneteres, vor allem ebenso praktisches deutsches Wort gefunden ist.

Bleibt man aber nun bei dem Ausdruck „Surrogation", so muß man auch seinem verschiedenartigen Sinn Rechnung tragen und darf nicht von einem Prinzip, sondern höchstens von einem Rechtsgedanken der Surrogation sprechen.

---

[12]) Waller, S. 109/110.

2. Abschnitt:

Die einzelnen Anwendungsfälle des Rechtsgedankens der Surrogation.

Die Anwendungsfälle der Surrogation treten uns in folgenden zwei Formulierungen immer wieder entgegen: „Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Sondervermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben ist, das sich auf das Sondervermögen bezieht", und „was mit Mitteln des Vermögens erworben ist", mag es bei den verschiedenen Gütermassen des gesetzlichen Güterstandes oder der Errungenschaftgemeinschaft oder auch bei dem Kindesvermögen oder im Erbrecht sein. Der Wortlaut bei den einzelnen Bestimmungen wie §§ 1370, 1524, 1638 , 2041 oder §§ 1381, 1646, 2019 BGB. ist immer der gleiche. Dies wird der Gesetzgeber nicht ohne Grund getan haben. Mit der Gleichheit der Worte wollte er andeuten, daß auch der Sinn dieser Vorschriften der gleiche sei. Schon die Protokolle VI, S. 326, betonen ausdrücklich, wie mißlich es sein würde, wenn man den gleichen Ausdruck an den verschiedenen Stellen in einem verschiedenen Sinne verstehen müßte. Wollen wir also eine Bestimmung auslegen, so können wir auf die Auslegung der gleichen Bestimmungen an anderer Stelle zurückgreifen. Man muß freilich in einem bestimmten Maße berücksichtigen, an welcher Stelle die Bestimmung gebracht wird und aus der besonderen Eigenart dieser Stelle seine Schlüsse ziehen.

§ 1.

„Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechts erlangt ist."

„Was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechts erworben ist", ist als erster Anwendungsfall der Surrogation zu behandeln. Diese Vorschrift ist aus dem Zweck des Sondervermögens entstanden. Das Sondervermögen hat den Zweck der Werterhaltung. Es soll seine Eigenschaft als Vermögensganzes behalten „ohne Rücksicht darauf, ob es im Laufe der Zeit eine andere rechtliche und wirtschaftliche Form annimmt" [1]).

Der Begriff „Recht" ist ganz allgemein gebraucht. Dazu werden alle subjektiven Rechte gezählt, die Bestandteil eines Vermögens sein können, die dem Vermögen selbst, seiner werbenden Kraft entspringen. „Recht" umfaßt alle körperlichen wie unkörperlichen Bestandteile eines Vermögens. Also fallen nicht unter diesen Begriff

[1]) Mot. IV, S. 342/343 zu § 1349.

die Rechte, die nicht das Vermögen selbst, sondern die Person erzeugt. Damit scheiden die höchstpersönlichen Rechte aus, z. B. das Namensrecht. Ueberhaupt alle Familien- und Zustandsrechte haften an einer Person. Infolgedessen kann diese Bestimmung nicht auf sie angewandt werden, weil der Zweck der Bestimmung ja die Erhaltung eines Vermögensganzen ist und der Rechte des Vermögensganzen, die das Vermögen als solches besitzt.

Wozu gehört nun das Anfechtungs-, Rücktritts-, Wandlungs- und Minderungsrecht? Diese Rechte sind nicht übertragbar, ausgenommen bei der Universalsuccession. Für uns kommt es aber darauf an, ob das Recht zu einem Vermögen gehört oder ob das Recht lediglich in der Person des betreffenden Vermögensinhabers begründet ist. Nur der Erwerb auf Grund des ersteren Rechts wird surrogiert[2]). Alle diese Rechte haben das Gemeinsame, daß sie in der Person des Vertragsgegners allein entstehen. Sie stellen somit keinen Vermögenswert in unserem Sinne dar. Auf sie findet die Surrogation keine Anwendung.

Zu den „Rechten" im obigen Sinne gehören z. B. die Nutzungen. Befindet sich unter einem Vermögen ein Haus, so fällt die Miete als Nutzung diesem Vermögen wieder zu, es sei denn, daß eine gesetzliche Bestimmung eine besondere Regelung getroffen hat. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft würden kraft der Surrogation des § 1524 BGB. die Nutzungen in das eingebrachte Gut des betreffenden Ehegatten fallen. § 1525 BGB. bestimmt aber die Nutzungen für das Gesamtgut. Dies erklärt sich aus der Natur der Errungenschaftsgemeinschaft.

Ein „Recht" in anderem Sinne ist der Anspruch des Grundstückseigentümers gemäß § 984 BGB. auf die Hälfte des Schatzes, der in seinem Grundstück gefunden wird. Ist dieses Grundstück Bestandteil eines Sondervermögens, so ist der Anspruch auf die Schatzhälfte ein Ausfluß des Grundstücks, ein Recht des Sondervermögens[3]). Also findet die Surrogation Anwendung und der Anteil an dem Schatze fällt in das Sondervermögen.

Aus diesen beiden Beispielen läßt sich auch eine Einteilung der Rechte herleiten. Bei dem ersteren sehen wir, daß dieses „Recht" durch den Surrogationserwerb nicht aufgezehrt wird, sondern immer wieder ausgeübt werden kann, während bei dem zweiten Beispiel das „Recht" mit dem Surrogationserwerb erloschen ist. Die „Rechte" lassen sich also einteilen in solche, die durch den Erwerb in ihrem Bestandteil nicht berührt werden, und solche, die sich durch ihre Ausübung aufzehren.

Nur der Erwerb „auf Grund eines .... Rechts" soll surrogiert werden. Unzweifelhaft hat der Gesetzgeber für diesen Fall ausgeschlossen, „was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vermögen gehörenden Gegenstandes erworben ist". Sonst würde er es nicht besonders angeführt haben. Weiter ist in derselben Vorschrift ausdrücklich „das durch Rechtsgeschäft Erlangte" erwähnt. Also scheidet auch dieser Fall für die Bestimmung, „was auf Grund eines .... Rechts" erworben ist, aus. Ist damit nun gesagt, daß jeder rechtsgeschäftliche Erwerb ausgeschaltet ist, der einem Umsatzgeschäft überhaupt seine Entstehung

---

[2]) Mot. IV, S. 500 zu § 1414.
[3]) Mot. IV, S. 500 zu § 1414.

verdankt oder daß nur der Erwerb nicht in Frage kommt, der nach Bildung dieses Sondervermögens, z. B. nach Feststezung eines Vorbehaltsguts oder eingebrachten Guts, durch ein Umsatzgeschäft gemacht ist. Diese Frage taucht bei dem in der Praxis am meisten vorkommenden Fall auf: wohin der Erwerb eines Gegenstandes gehört, der durch Erfüllung eines zum Sondervermögen gehörenden Forderungsrechts erlangt ist. Die erstere Ansicht rechnet diesen Erwerb zu dem durch Rechtsgeschäft erlangten, die letztere zu dem auf Grund eines Rechts; denn unter dem Erwerb „auf Grund eines Rechts" soll die Realisierung bereits bestehender Ansprüche wie die Einziehung einer bestehenden Forderung fallen, nicht die Realisierung eines durch Mitwirkung des Erwerbers erst zu schaffenden Anspruchs, wie die Einziehung des Kaufpreises für die vom Erwerber selbst erst verkaufte Sache.

Auf dem ersteren Standpunkt steht Beyer (S. 210 ff.). Er will „von dem Erwerb auf Grund eines Rechts jeden Erwerb ausschließen, der einem Umsatzgeschäft seine Entstehung mit verdankt". Seine Ansicht stützt er auf den Gesetzestext des § 2111 BGB.

Der Entwurf I brachte klar zum Ausdruck, daß Bestandteil des Sonderguts eines Ehegatten dasjenige ist, was ihm beim Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft gehört. An dieser Stelle „wollen sie unter den Erwerb auf Grund eines .... Rechts auch die Realisierung eines bereits bestehenden Anspruchs verstanden wissen"[4]). Dagegen bemerken die Motive V, S. 582, folgendes: „In Ansehung der auf Grund eines der Erbschaft gehörenden Rechts erworbenen Gegenstände kann sich deshalb ein Zweifel erheben, ob sie Gegenstand des Erbschaftsanspruchs seien, weil der Erwerb erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, wenn auch der feste Grund zu dem Erwerb schon in dem Rechtsbestande vor dem Tode des Erblassers gelegt ist und die Erbschaft sich ohne weitere Erwerbshandlung gleichsam aus sich selbst vermehrt ..... Sind in der Inhabung des Erbschaftsbesitzers befindliche Gegenstände zerstört, beschädigt oder entzogen, so entsteht regelmäßig eine Forderung auf Ersatz. Diese Forderung kann zu der Zeit, in welcher der Erbschaftsanspruch geltend gemacht wird, noch ausstehen oder von dem Erbschaftsbesitzer bereits eingezogen sein. Für den letzteren Fall entscheidet die Vorschrift unter No. 3." Die angezogene Vorschrift des § 2081, No. 3, bestimmt u. a., daß als Erbschaftsgegenstände auch diejenigen Gegenstände zu gelten haben, welche der Erbschaftsbesitzer durch Annahme einer Leistung erworben hat. „Wenn die erste Kommission den bei der Errungenschaftsgemeinschaft eingenommenen Standpunkt hätte aufrechterhalten wollen, so hätte sie weder die gesperrt gedruckten Worte in die Motive aufnehmen noch den Vorschlag machen dürfen, daß in das Gesetz unter § 2081, No. 3, die oben erwähnte Vorschrift miteingestellt würde[5])." Daraus, daß dies dennoch geschehen ist, folgert Beyer, daß die Motive hier von seiner Begriffsbestimmung ausgegangen sind. Die Motive sind also in dieser Beziehung nicht gleichlautend. Nach Beyers Ansicht soll das Gesetz selbst in § 2111 zu seinen Gunsten entschieden haben. „Denn der § 2111 nimmt als Bestandteil der Erbschaft neben demjenigen, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines

[4]) Beyer, S. 212.
[5]) Beyer, S. 213.

Erbschaftsgegenstandes erwirbt, ausdrücklich auch den mit Mitteln der Erbschaft gemachten rechtsgeschäftlichen Erwerb. Nun ist es aber unbestritten, daß die Realisierung eines zur Erbschaft gehörenden bereits bestehenden Anspruches einen Erwerb darstelle, der durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft gemacht ist[6])." Zur Unterstützung seiner Behauptung führt er die Protokolle VI, S. 316, an. Für den besonderen Fall[7]) des § 2111 mag dieses richtig sein; denn dieser § hat dem „durch Rechtsgeschäft" noch die Worte „mit Mitteln der Erbschaft" hinzugefügt, obwohl der Gesetzgeber sicher nur die Fälle gemeint hat, bei denen der Vorerbe, aber nicht der Erblasser rechtsgeschäftlich verfügt hat. Meiner Ansicht nach ist es aber falsch, diesen Sinn auf Grund der besonderen Ausdrucksweise auch auf die anderen Bestimmungen auszudehnen. Beyer weist immer wieder auf die Erläuterungen zu § 2111 zurück (Siehe S. 222/259), obwohl der § 2041 und der § 1370 BGB. die Worte „mit Mitteln" nicht anführt. Wie wir aber schon aus der Definition der „Rechte" sehen, gehört zum Recht jeder Bestandteil, der zur Zeit der Bildung des Sondervermögens dem Sondervermögen zugerechnet wird. Mag dieses „Recht" nun durch ein Rechtsgeschäft entstanden sein, das ist gleichgültig; denn „da das ‚Recht' schon vor Eintritt der Gemeinschaft (Vorschrift bei der Errungenschaftsgemeinschaft) einen Anspruch auf Eingehung jenes Rechtsgeschäfts begründet hat und die Erfüllung des Anspruchs sich nur als die Verwirklichung und Entfaltung eines bereits vorher vorhandenen Rechts darstellt, so muß der hier fragliche Erwerb zu der Kategorie ‚auf Grund eines ... Rechts' gehören"[8]).

Für die Vorschrift „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das Sondervermögen bezieht", kommt nur der Fall in Frage, daß der Besitzer des schon bestehenden Sondervermögens rechtsgeschäftlich über Bestandteile dieses Vermögens verfügt. Geschieht dieses nicht, sondern erzeugt der Bestandteil des Sondervermögens aus sich heraus einen Erwerb, dann handelt es sich um die Vorschrift: „was auf Grund eines Rechts erworben ist". Hierzu gehört also der Erwerb, der infolge der zu dem Sondervermögen gehörenden Rechte unmittelbar kraft Gesetzes oder durch Vermittlung eines den Inhalt des Rechtes verwirklichenden Rechtsgeschäfts eintritt[9]).

Der rechtliche Zusammenhang kommt hier zum Ausdruck. Den Begriff des rechtlichen Zusammenhangs versucht Wieruszowski, S. 300, Anm. 1, aus der Z.P.O. zu erklären. „Mehrere Ansprüche stehen in rechtlichem Zusammenhange, wenn sie aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder einer durch den anderen bedingt ist." Surrogation auf Grund eines Rechts tritt ein, „wenn der Erwerb kraft gesetzlicher Vorschrift mit einem bestimmten Rechte des Sondervermögens als unmittelbare Rechtsfolge verknüpft ist"[10]). Auf unser Beispiel angewandt, ist also der Erwerb, der durch Erfüllung eines zum Sondervermögen gehörenden Forderungsrechts erlangt ist, stets als Erwerb auf Grund eines Rechts anzusehen.

An Hand dieser Erklärung mögen nun einige Fälle untersucht werden, die in den Motiven zu § 1414 als Zweifelsfälle angesehen

[6]) Beyer, S. 214.

[7]) Warneyer zu § 2111: § 2111 ist eine auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Ausnahmevorschrift, die nicht ausdehnend ausgelegt werden darf. Ebenso RG. 20, IV, 28 HRR., Nr. 1592.

[8]) Mot. IV, S. 501.

[9]) Vgl. Staudinger, RGR.Kom., Planck, Opet und v. Blume zu § 1370.

[10]) Wieruszowski, S. 305.

werden. Zweifelhaft ist es, ob sie zu der Vorschrift „auf Grund eines Rechts" oder „das durch Rechtsgeschäft Erlangte" gehören oder ob überhaupt Surrogation eintritt. Es handelt sich z. B. um Ansprüche, die bei Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft streitig waren, aber während der Errungenschaftsgemeinschaft unstreitig wurden, sei es durch Urteil, Vergleich oder Anerkenntnis. Hier erhebt sich die Frage: Schafft das Urteil ein neues Recht oder bestätigt es das alte? Es ist der Streit um die Rechtsnatur der materiellen Rechtskraft. Die materiell-rechtliche Theorie sieht in der Rechtskraft ein Institut des materiellen Rechts, d. h. durch das Urteil sollen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien geschaffen werden, genau wie durch andere kausale Rechtshandlungen des materiellen Rechts. Also: das Urteil schafft eine Kausa.

Alle Prozessualisten sehen in der Rechtskraft ein Institut des Prozeßrechts, d. h. die Rechtsbeziehungen, die vor dem Urteil nicht da waren, werden auch durch das Urteil nicht geschaffen. Freilich werden alle deutschen Gerichte auf Einrede hin die Klage abweisen.

Die materiellrechtliche Theorie steht im Widerspruch mit dem Prozeßrecht, „denn sie verleiht jedem Leistungs- oder Feststellungsurteil oder wenigstens dem unrichtigen eine rechtsändernde Kraft, die nur dem Gestaltungsurteil zukommt, und hebt die Grenzen zwischen deklaratorischen und konstitutiven Urteilen auf"[11]). Auch mit dem materiellen Recht steht diese Theorie nicht im Einklang. Das Urteil würde ein neues Recht schaffen, das dem Gesetz gleichgestellt würde, welches die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses zur Folge hat. „Wo aber findet sich die Norm, die dieses anordnet?[12])." Den Prozessualisten ist zuzustimmen. Ihre Theorie entspricht mehr dem Wesen des Prozesses; denn „das Gericht schafft nicht Recht, sondern stellt nur fest, was nach dem Gesetze Recht ist"[13]). „Das Urteil schafft also prinzipiell keine Rechte, sondern konstatiert ihre Existenz resp. (insoweit die Klage abgewiesen wird) das Nichtvorhandensein des behaupteten Rechts[14])." In gesetzlich festgelegten Einzelfällen gibt es freilich auch konstitutive (d. h. eine neue Rechtswirkung herbeiführende) Urteile, z. B. auf Ehescheidung, Gütertrennung der Ehegatten.

Der bisher streitig gewesene Anspruch entsteht nicht neu, sondern ist auch nach Feststellung seines Bestehens noch ein Bestandteil des Sondervermögens. Der Erwerb auf Grund eines solchen Anspruchs ist somit ein Erwerb „auf Grund eines .... Rechts". Voraussetzung für alle diese Fälle ist selbstverständlich, daß das den Erwerb vermittelnde Recht zu der Vermögensmasse gehört, zu deren Gunsten die Surrogation angeordnet ist.

Der Prozeßvergleich bewirkt „seinem Inhalte nach eine Neuordnung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien"[15]). Er schafft aber kein neues ursprüngliches Recht, sondern formt die schon bestehenden rechtlichen Beziehungen um. Auf diese früheren Beziehungen gründet sich der festgestellte Anspruch. Der daraus gemachte Erwerb fällt dann auch unter die Bestimmung „auf Grund eines Rechts".

---

[11]) Rosenberg, § 154, II, 1a.
[12]) Rosenberg, § 154, II, 1b.
[13]) RG. 94/276.
[14]) Crome, System d. deutschen P.R., I, § 130, S. 570.
[15]) Rosenberg, § 134, II, 1.

Bei dem prozessualen Anerkenntnis handelt es sich um eine „Rechtsbehauptung" [16]), die sich auf die in der Klage aufgestellte Rechtsbehauptung stützt. Auch hier wird als Grundlage die alte Rechtsbehauptung, der geltendgemachte Anspruch, benutzt. Das Anerkenntnisurteil fällt also auch unter die Bestimmung „auf Grund eines Rechts".

Anders verhält es sich mit dem Ausschlußurteil gemäß § 927 Abs. II BGB. Hier wird das Eigentum erst durch die Eintragung in das Grundbuch erlangt. Dieser Eigentumserwerb ist also ein ursprünglicher [17]). Für diesen Fall ist die Surrogation nicht geschaffen.

Der Anspruch auf den Finderlohn ist ein Anspruch, der sich in der Person des Finders begründet. Surrogation ist also auch hier nicht zulässig. Es könnte dabei nur die Frage auftauchen, ob z. B. die Frau den Finderlohn als Vorbehaltsgut oder eingebrachtes Gut erhält. Staudinger will ihn ins Vorbehaltsgut fallen lassen, weil er auf dem Standpunkt steht, daß „der Erwerb aus einem Fund mindestens teilweise Entgelt für Mühewaltung des Finders ist und daher als Arbeit im Sinne des § 1367 erscheint" [18]). Evtl. könnte man dieser Ansicht folgen, wenn der Finder besondere Aufwendungen macht [19]). Doch ist wohl allgemein anerkannt, daß man den Finder nicht für seine Mühe, sondern für seine Ehrlichkeit belohnt. Der Finderlohn fällt demnach ins eingebrachte Gut.

§ 2.

„Was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dem Sondervermögen gehörenden Gegenstandes erlangt ist."

Ebenso wie der Erwerb „auf Grund eines Rechts" den rechtlichen Zusammenhang mit dem Sondervermögen zum Ausdruck bringt, ist es auch der Fall beim Erwerb dessen, „was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vermögen gehörenden Gegenstandes erlangt ist". In den meisten Fällen gibt das BGB. dem Geschädigten nur einen Anspruch auf Ersatz. Hier handelt es sich aber um eine dingliche Surrogation. Der Ersatzanspruch entsteht unmittelbar durch die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung; und das auf Grund dieses Anspruchs Geleistete geht ohne Weiteres in das geschädigte Vermögen über. Dazu bedarf es nicht der Wahrung einer besonderen Form. Die Ersatzleistung stellt wirtschaftlich eine Vergütung für den Verlust oder die Verschlechterung des Sondervermögens dar.

Als Gegenstände sind sowohl Sachen als auch Rechte anzusehen, weiter auch Energien und Immaterialgüter (z. B. Erfindungen) [20]). Darunter fällt überhaupt „alles, was aktiver Bestandteil eines Vermögens sein kann, z. B. auch wirtschaftliche Güter, über welche nach der Verkehrsauffassung Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können" [21]).

---

[16]) Rosenberg, § 136, I, 6b.
[17]) RG. 76/360.
[18]) Staudinger, § 1367, 2b.
[19]) Siehe Wieruszowski, S. 245, Anm. 27.
[20]) Staudinger, Vorbem. 2 zu § 90.
[21]) Warn., § 90, Abs. 1.

Zerstörung und Beschädigung setzt den Verlust oder die Verschlechterung von Sondervermögen voraus. Dabei ist es gleichgültig, ob der Verlust oder die Verschlechterung vollständig oder teilweise ist. Es kann die Zerstörung oder Beschädigung durch Menschenhand und zwar vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt werden, aber auch durch zufällige Ereignisse, wie vor allem durch Naturereignisse. Voraussetzung ist, daß dies ohne bzw. gegen den Willen des Rechtssubjekts geschieht. Auch die Entziehung ist eine gegen den Willen des Berechtigten erfolgende Rechtsentäußerung[22]).

Das, was als Ersatz anzusehen ist, ist nach rein objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Das Ereignis, das den Ersatzanspruch ausgelöst hat, muß rein objektiv sein, ebenso vom Willen des Rechtssubjekts unabhängig. Deshalb fällt alles aus, was durch Rechtsgeschäfte erlangt ist, da es dazu eines Willens des Rechtssubjekts bedarf, wie auch alles, was auf Grund eines ... Rechts erlangt ist. Sonst würde es der Gesetzgeber nicht besonders erwähnt haben.

Bezüglich des Ersatzes für die Entziehung führen die Mot. IV, S. 501, als Beispiele „den Anspruch wegen Enteignung eines zum Sondergute gehörenden Gegenstandes an und den Anspruch auf den bei der Zwangsversteigerung eines solchen wegen Schulden übrig bleibenden Erlös". Auch ist darunter der Anspruch der Frau wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen einen Dritten aus dem Vorbehaltsgut zu verstehen[23]). Dabei handelt es sich um widerrechtliche Rechtsentäußerungen als auch um solche, die auf einem Rechtstitel beruhen.

Fraglich ist nach den Mot. IV, S. 501, „der Anspruch auf die Versicherungsgelder wegen Zerstörung oder Beschädigung eines versicherten Gegenstandes, da der Anspruch nicht aus der Zerstörung oder Beschädigung eines versicherten Gegenstandes selbst, sondern aus dem Versicherungsvertrage entsteht".

Brill[24]) läßt für diesen Fall die Surrogation nach der Bestimmung „auf Grund eines Rechts" eintreten. Er geht davon aus, daß der Erwerb der Versicherungssumme „nicht aus dem Schaden resultiert (siehe Wortlaut: nicht „Ersatz für das zerstörte, beschädigte oder entzogene Recht", vielmehr „Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung usw.), sondern aus einem schon vor Eintritt desselben bestehenden vertragsmäßigen Anspruch, der durch die schädigende Handlung nur ausgelöst würde".

Wie wir aber oben festgestellt haben, tritt die Surrogationsbestimmung „auf Grund eines Rechts" nur dann in Kraft, wenn das Recht allein aus sich selbst heraus den Erwerb erzeugt. Hier sind aber zwei Ereignisse maßgebend, zuerst der Versicherungsvertrag und dann das objektive Ereignis, z. B. der Brand selbst. Das Recht auf die Versicherungssumme wird erst durch den Brand, nicht aus sich heraus ohne irgend ein anderes Ereignis ausgelöst.

Aber auch der Ansicht von Feist[25]) ist entgegenzutreten, der die Bestimmung „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das betreffende Vermögen bezieht", für diesen Fall in Anwendung bringen will und sich dabei auf die Motive IV, S. 501, stützt.

---

[22]) Staudinger zu § 1370 (2b); Mot. IV, S. 501.
[23]) Staudinger, § 1370 (2b).
[24]) Brill, S. 33/34.
[25]) Feist, S. 27/28.

Staudinger[26]) hält beide Bestimmungen für anwendbar. Doch dagegen ist vor allem einzuwenden, daß es zu einem rechtsgeschäftlichen Erwerb stets eines Willens bedarf. Meiner Ansicht nach ist die Bestimmung „als Ersatz für die Zerstörung, ..." allein anwendbar; denn die Mot. IV, S. 501, führen schon aus, daß materiell die Entscheidung der Frage zu Gunsten des Sondergutes nicht zweifelhaft sein kann, „weil es sich wirtschaftlich hier, wie in den anderen zu dieser Kategorie gehörenden Fällen lediglich um eine Entschädigung für einen ohne Willen des Eigentümers eingetretenen Verlust des Sondergutes handelt". Die Voraussetzungen sind erfüllt, objektiv das Ereignis, z. B. der Brand, objektiv auch insofern, als es ohne den Willen des Rechtssubjekts geschah. Gleichgültig ist es, „ob dagegen die Causa des Ersatzanspruchs auf Gesetz- oder Rechtsgeschäft beruht"[27]).

Für die Praxis ist noch folgendes häufig vorkommendes Beispiel wesentlich, über das sich Literatur und Gerichte nicht einigen können: Eine Arbeitsfrau lebt in gesetzlichem Güterstande mit ihrem Manne. Durch eine unerlaubte Handlung wird ihrer Person Schaden zugefügt. Fallen die in Frage kommenden Ersatzansprüche aus §§ 823, 825, 843, 844, 847 BGB. ins Vorbehaltsgut auf Grund der Surrogationsbestimmung oder ins eingebrachte Gut?

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß diese Ansprüche ins eingebrachte Gut fallen[28]); denn gemäß § 1367 ist Vorbehaltsgut nur dasjenige, was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt. In diesem Falle wird der Erwerb durch ein Dulden, nicht durch ein Tun vermittelt[29]). Der Erwerb ist weiter nicht bei den Bestimmungen der §§ 1366—1370 BGB. aufgeführt. Diese Paragraphen bestimmen, was Vorbehaltsgut ist und wird[30]). Auch die Nichtübertragbarkeit hindert nicht, daß der Erwerb ins eingebrachte Gut fällt, weil er nicht „gegen den Wortlaut der einschlägigen Gesetzesbestimmungen verstößt"[31]).

Nun führt Opet weiter aus, daß „es zweifelhaft sein kann, ob die Wortinterpretation der Sachlage gerecht wird". Das Schmerzensgeld sei auf Grund seiner Beziehung zur Person als Entgelt für einen der Person, nicht dem Vermögen zugefügten Schaden doch etwas Höchstpersönliches. Infolgedessen müsse der Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß seiner wahren Bestimmung der Frau „als Ausgleich ihrer Persönlichkeitseinbuße" belassen bleiben. Würde er der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen, so würde er seiner wahren Bestimmung entfremdet werden[32]). Darauf stützt nun Wolf[33]) und das Kammergericht[34]) ihre Ansichten.

Das Kammergericht führt wörtlich aus, daß „Heilungskosten und Schmerzensgeld einer verletzten Ehefrau einen höchstpersönlichen

---

[26]) Staudinger, § 1370 (2b).
[27]) Schmidt, S. 10.
[28]) Opet, § 1367 (2b); OLG. 18/258; Thiele in Ziv. Arch. 101/241 und Anm. 24; Wierusz., Anm. 31, S. 246.
[29]) OLG. 18/258; ebenso Opet zu § 1367 (2b).
[30]) RGR. Kom. § 1367 (7); Staudinger, § 1367 (2e); RG. 90/69; Recht 1916, No. 461; JW. 1921/393 (3).
[31]) Opet in JW. 1917, S. 711 zu 8.
[32]) JW. 1921/393; ebenso wie Wierusz.
[33]) Wolf, § 46 I, 3c.
[34]) OLG. 1875.

Anspruch darstellen, und, da der § 1366 schon die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen dem Vorbehaltsgut zuweist, nicht in das eingebrachte Gut fallen, zumal nach Zweck und Bestimmung eine Verwaltung und Nutznießung daran ausgeschlossen ist".

Zur weiteren Begründung bringt Wolf ein Beispiel[35]): „Wenn eine Ehefrau bei einem Eisenbahnunglück einige Zähne einbüßt, oder wenn ihr Haar bei einer Brandstiftung Feuer fängt, so gehört ihr Ersatzanspruch gegen den Eisenbahnunternehmer, dem Brandstifter nach den Gesetzen zweifellos dann zum Vorbehaltsgut, wenn sie ein falsches Gebiß, falsches Haar trug (§§ 1366, 1370). Um vieles mehr muß es Vorbehaltsgut sein, wenn es sich um echte Zähne, einen echten Zopf handelt." Die Surrogate der Persönlichkeitswerte sollen zum Vorbehaltsgut gerechnet werden.

Diesen Ansichten ist vor allem entgegenzuhalten, daß sie sich nicht an den Gesetzestext gehalten haben, sondern mehr gefühlsmäßige Erwägungen in den Vordergrund gestellt haben. Das Gesetz hat in den §§ 1366—1370 BGB. erschöpfend alles das geregelt, was zum Vorbehaltsgut zu zählen ist. Die Ansprüche auf Heilungskosten, Schmerzensgeld oder Rente sind aber nicht zu den „ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte" in § 1366 zu zählen; denn die Bestimmungen der §§1366—1370 sind Ausnahmebestimmungen. Gemäß § 1366 gilt nämlich allgemein, daß das zur Zeit der Eheschließung vorhandene Frauenvermögen in seiner Gesamtheit eingebrachtes Gut wird mit eben den Ausnahmen der § 1366—1370. Die Ausnahmeregeln können nicht erweitert werden oder durch Analogie auf diesen Fall ausgedehnt werden[36]). Diese Gedanken sind ganz konsequent weitergeführt in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte[37]). Das Urteil des Oberlandesgerichts[38]) sagt ganz klar: „Was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erworben h a t und der Ersatz für Zerstörung der so erworbenen G e g e n s t ä n d e ist Vorbehaltsgut nach § 11 Hamb. Güterstandsreg. und § 1370 BGB., nicht was die Frau erwerben könnte und der Ersatz für Zerstörung ihrer Erwerbsfähigkeit. Der nach dem Haftpflichtgesetz zu gewährende Ersatz für Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit fällt deshalb in das Gesamtgut, ebenso wie der Ersatz für Heilungskosten." Die Literatur und die Praxis des Reichsgerichts[39]) sind aber dazu übergegangen, den Ersatz für Beeinträchtigung der Arbeitskraft dem Vorbehaltsgut zuzurechnen. Man geht davon aus, daß der Erwerb der Frau auf Grund ihrer Arbeit gemäß § 1367 ins Vorbehaltsgut fällt. Dabei muß es sich um ein Aequivalent für geleistete Dienste handeln. Es muß ein selbständig ausgeübter Erwerb sein. Man folgert dann weiter, daß aller Erwerb, „der mit dem Arbeits- bzw. Dienstverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang steht, der durch die Arbeit gemacht ist"[40]), auch Vor-

[35]) Wolf, § 46 I, 3c.; ebenso Lehmann zu § 1370: Er will die Persönlichkeitsgüter und seine Surrogate wie Vorbehaltsgüter behandeln, da der Unterschied Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut sich nur auf Vermögenswerte bezieht.

[36]) JW. 1921, S. 393 (3); Recht 1916, Nr. 471.

[37]) OLG. 30/34; 38/245; Recht 1916, Nr. 471.

[38]) OLG. 30/43.

[39]) RGR. Kom. § 1363 (7); Staudinger, § 1367 (2e); JW. 1921, S. 293 (3); Thiele in Ziv. Arch. 191/314/315.

[40]) Thiele, Ziv. Arch. 101/314, 315.

behaltsgut wird. Also wird die Arbeitskraft, überhaupt die Erwerbsfähigkeit als Vorbehaltsgutsbestandteil im Sinne des § 1367 angesehen. Der Ersatz für diesen Bestandteil fällt gemäß § 1370 — „was als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung ....." — wieder in das Vorbehaltsgut. Dabei kann man eine gewisse weite Ausdehnung der Begriffe der §§ 1367, 1370 als Ausnahmebestimmungen nicht leugnen. Es entspricht aber dem Willen des Gesetzgebers; denn „der gesetzgeberische Gedanke der §§ 1367/70 führte dazu, den Begriff des Arbeitserwerbs in weitestem Sinne aufzufassen, und ihm jeden Vermögenszuwachs einzuordnen, dessen Erlangung in ursächlichem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht" [41]). Wenn also nach § 1367 der Erwerb aus einem selbständigen Erwerbsgeschäft Vorbehaltsgut ist, so „muß logischerweise der Ersatzanspruch wegen Beeinträchtigung dieser Erwerbsmöglichkeit zum Vorbehaltsgut gehören, umso mehr, als diese Beeinträchtigung ja einen Fortfall des Erwerbes zur Folge hat und der Schadensersatzanspruch der Frau Ersatz für den Fortfall dieses Erwerbes gewähren soll" [42]).

Nur insoweit, als die Frau in ihrem eigenen selbständigen Erwerb geschädigt wird, wird die dafür geleistete Entschädigung gemäß § 1367/70 dem Vorbehaltsgut zuzurechnen sein. Jeder andere Erwerb auf Grund eines Anspruchs aus den §§ 823, 825, 843, 844, 847 BGB. fällt ins eingebrachte Gut.

§ 3.

„Was erlangt ist durch ein Rechtsgeschäft."

Als dritter Anwendungsfall der Surrogation kommt die rechtsgeschäftliche Surrogation in Frage. Es fällt dabei auf, daß der Gesetzgeber für diesen Fall zwei Normierungen getroffen hat, einmal „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das Sondervermögen bezieht", das andere Mal, „mit Mitteln des betr. Vermögens". Zu dieser Regelung muß ihn ein besonderer Grund veranlaßt haben.

Aus den Motiven und Protokollen geht hervor, daß zuerst nur die Surrogation „durch Rechtsgeschäft" in Betracht gezogen wurde, während beim eingebrachten Gut der Frau — es sei als Beispiel Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut der Frau gebraucht — keine Surrogation stattfinden sollte. Dieser Schutz war nach dem ersten Entwurf beim eingebrachten Gut auch nicht nötig; denn der Mann sollte mit der Frau gemeinschaftlich das eingebrachte Gut verwalten. „Der Mann soll regelmäßig die Frau veranlassen, entweder selbst zu handeln oder ihm Vollmacht zu geben [43]). Nach dem Gegenentwurf und den Beschlüssen der zweiten Lesung änderte sich dies sehr wesentlich. Der Mann bedurfte nicht mehr der Vollmacht, sondern nur noch der Zustimmung der Frau [44]). Handelt der Mann im Namen der Frau, so wird die Frau schon nach allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung allein berechtigt und verpflichtet. Anders liegt der Fall, wenn der Mann sein Handeln in fremdem Namen nicht offen bekennt. Gemäß § 164 BGB. würde der Mann berechtigt und ver-

---

[41]) Wierusz. zu JW. 1921, S. 393.
[42]) Ullmann in JW. 1903, S. 234 (3. Abschn.).
[43]) Prot. IV, S. 119.
[44]) Prot. IV, S. 185.

pflichtet, da er das eingebrachte Gut nach außen hin wie sein eigenes Vermögen verwaltet.

Als Verwalter fremden Vermögens wäre es seine Pflicht, in irgend einer Form das Eigentum auf die Frau zu übertragen. Infolge der nahen Beziehungen zwischen Mann und Frau und des Wesens der Ehe wird es der Mann nicht für nötig erachten, der Frau das Eigentum in einem besonderen Akt zu übertragen. Er hält es für überflüssig. Das führt zur Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes und löst bei weiteren Verfügungen des Mannes ohne Eigentumsübertragungsakte das eingebrachte Gut insoweit in lauter Ersatzansprüche gegenüber dem Manne auf. Als Schutzmaßnahme hat der Gesetzgeber deshalb die Surrogation angeordnet. In den Fällen, in denen anzunehmen ist, daß der Mann im Namen der Frau für das eingebrachte Gut handeln wollte, sollte es keines besonderen Uebertragungsaktes mehr bedürfen. Es ist „entweder der Uebertragungsakt auch ohne eine entsprechende Willenserklärung als vollzogen anzunehmen oder wenigstens durch Aufstellung einer Auslegungsregel zu präsumieren" [45]).

Zuerst war beabsichtigt, Surrogation in demselben Sinne wie beim Vorbehaltungsgut anzuordnen. Der Gegenentwurf § M beantragte die Formulierung: was der Mann durch ein mit Zustimmung der Frau für Rechnung des eingebrachten Gutes vorgenommenes Rechtsgeschäft erwirbt, wird eingebrachtes Gut. Aber ein anderer Antrag wurde angenommen, der die Surrogation „mit Mitteln des betreffenden Vermögens" bestimmte. Eine besondere Begründung für die verschiedenartige Fassung des Surrogationsgedankens findet man nirgends. In den Protokollen der zweiten Lesung IV, S. 189, wird nur angeführt: „Es sei richtiger, den Eintritt der Surrogation von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß der Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes erfolge, denn der materielle Zusammenhang des Erwerbes mit dem eingebrachten Gut bildet den Grund dafür, daß der Erwerb, der formell nicht zum eingebrachten Gute gehöre, vom Gesetzgeber als zu ihm gehörig betrachtet werde." Daraus sieht man immer noch nicht klar, warum diese verschiedene Formulierung erfolgt ist. Einige Aufklärung bieten die Protokolle V, S. 867, im Erbrecht: „Das Gesamtgut werde im Stadium der Auseinandersetzung nach § 1371 von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwaltet. Es könne sich hierbei nur darum handeln, inwieweit ein gemachter Erwerb Gesamtgut werde. Die Frage beantworte sich ganz einfach dahin, daß jeder Erwerb, der durch ein sich auf das Gesamtgut beziehendes Rechtsgeschäft gemacht werde, zum Gesamtgut gezogen werde. Bei der Erbschaft sei auch der Fall in Betracht zu ziehen, daß ein Erbschaftsbesitzer etwas aus den Mitteln der Erbschaft erwerbe. Es handele sich in diesem Falle darum, daß ein Erwerb, den eine nicht zur Gemeinschaft gehörende Person gemacht habe, so behandelt werde, wie wenn er von der Gemeinschaft gemacht worden wäre." Daraus ist zu ersehen, daß es sich um zwei Hauptbestimmungen handelt: „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das betreffende Vermögen bezieht", und, „mit Mitteln des Vermögens". Im ersteren Falle soll die Surrogation bestimmen, inwieweit ein Erwerb zu dem einen oder anderen Vermögen gehört, im zweiten Fall soll die Surrogation den Eigentumsübergang ersetzen. Man kann dann auch nicht sagen, daß die eine Bestimmung sich zur anderen verhalte

---

[45]) Prot. IV, S. 187.

wie ein maius zum minus [46]), daß die eine die andere in sich schließe und eine Erweiterung derselben bedeute; denn beide Bestimmungen werden von ganz verschiedenen Gesichtspunkten geregelt und haben einen ganz verschiedenen Sinn [47]). Wohl ist beiden gemeinsam, daß sie keinen rechtlichen, sondern wirtschaftlichen Zusammenhang erfordern, und daß es sich nur um rechtsgeschäftliche Surrogation handelt, wie aus den Protokollen zu entnehmen und zum Teil auch im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist. Zu der verschiedenartigen Formulierung ist hauptsächlich zu sagen, daß die Aenderung der Surrogationsbestimmung im Falle des Erwerbes „mit Mitteln des Vermögens" lediglich zur Klarstellung des Sinnes der Vorschrift erfolgt ist [48]).

Bevor die einzelnen Bestimmungen selbst erläutert werden, wäre noch für beide gemeinsam zu untersuchen, ob die Surrogation im sogenannten stärkeren oder schwächeren Sinne zum Ausdruck kommt.

Verfügt der Verwalter in unrechtmäßiger Weise über Vermögensstücke des Vermögenssubjekts und tritt jetzt Surrogation ein, so entsteht die Frage, ob das Vermögenssubjekt sich nur mit dem Surrogat zufrieden geben muß und durch das Eintreten der Surrogation alle evtl. Schadensersatzansprüche fortfallen (Surrogation im stärkeren Sinne) oder ob dem Vermögenssubjekt neben dem Surrogat außerdem noch evtl. Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter zustehen (die sogenannte Surrogation im schwächeren Sinne).

Würde man der ersteren Ansicht folgen, so würde ein Verwalter mit beschränktem Verfügungsrecht einem anderen mit unbeschränktem Verfügungsrecht gleichgestellt sein, es würden die Grenzen des Verwaltungsrechts aufgehoben sein. Dies kann der Gesetzgeber nur in ausdrücklich festgelegten Ausnahmefällen bestimmen. In allen anderen Fällen tritt Surrogation in schwächerem Sinne ein [49]). Beim Eintritt der Surrogation hat also das Vermögenssubjekt noch Ansprüche nach allgemeinen Grundsätzen, „wenn der Mann unbefugterweise (§ 1375) oder gegen die Grundsätze einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 1374) gehandelt und dadurch die Frau über den Wert des Surrogats hinaus geschädigt hat [50]).

§ 3a.

„Was erlangt ist durch ein Rechtsgeschäft und zwar mit Mitteln des betreffenden Vermögens."

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß die Surrogationsbestimmung „mit Mitteln des Vermögens" geschaffen worden ist, um den Erwerb einem bestimmten Rechtskreise zuzuweisen. Der Erwerb des Vermögensverwalters, der nicht mit der Person des Vermögenssubjekts identisch ist, soll unmittelbar dem Vermögenssubjekt zufallen, soll als durch das Vermögenssubjekt gemacht anzusehen sein.

Welcher Erwerb in Frage kommt, das hängt von dem Begriff „mit Mitteln" ab. Der Ausdruck „Mittel" befindet sich auch in dem

---

[46]) Beyer, S. 222.
[47]) Thiele, S. 13.
[48]) Prot. V, S. 713.
[49]) Windmüller, S. 29/30.
[50]) Staudinger, § 1381 (5).

§ 45 KO.: „Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind." Doch die erste und zweite Kommission [51]) zur Beratung eines bürgerlichen Gesetzbuches waren der Ansicht, daß der unbestimmte Ausdruck „nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners" im § 37 KO. (jetzt § 45 KO.) zu Zweifeln und Bedenken Anlaß gebe. Einen besseren und verständlicheren Ausdruck haben aber auch die Kommissionen nicht gefunden, sondern es der Wissenschaft und der Praxis überlassen, den Gedanken richtig zu erfassen. Es handelt sich darum, ob die „Mittel" in juristischem oder wirtschaftlichem Sinne aufzufassen sind. Zur ersteren Meinung bekennen sich hauptsächlich Beyer [52]) und Windmüller [53]), während die neuere Literatur [54]) größtenteils der letzteren Ansicht zuneigt, indem sie die „Mittel" den Mitteln im § 45 KO. gleichsetzt.

Windmüller [55]) führt dagegen an, daß wohl der Ausdruck der gleiche ist, aber nicht der Begriff. Es handele sich um zwei verschiedene Gesetze. Würde Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmungen gleich sein, dann könne man auch von einer Gleichheit des Begriffs sprechen. Doch der § 45 KO. sollte den Zweck haben, die Gläubiger des Mannes gegen Schädigung ihrer Rechte zu schützen, indem die Frau auf Kosten des Vermögens ihres Mannes ihr eigenes Vermögen vermehrt. „Es kommt also nach dem Sinn des § 45 KO. darauf an, ob im Gesamtergebnis eine Vermögensverschiebung vorliegt und eben darum ist der Begriff „Mittel" im Sinne des § 45 KO. ein wirtschaftlicher [56])."

Ganz anders sei der Sinn und Zweck des § 1381. Hier sollen keine wirtschaftlichen Vermögensverschiebungen zwischen den Vermögen zweier Personen ausgeglichen werden, sondern der Eigentumsübergang, der Abtretungsakt soll ersetzt werden. Zu diesem sei der Mann z. B. beim eingebrachten Gut ohnehin verpflichtet. Sodann enthielt der erste Entwurf statt des Ausdrucks „mit Mitteln des Vermögens" die Worte „durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Annahme einer Leistung ....., sofern das Rechtsgeschäft gegenüber dem Erben wirksam war oder von demselben genehmigt wird" (§ 2081, Zif. 3, I. Entwurf) [57]). Daraus ginge hervor, daß unter Mittel nur ein „gegenständliches Recht" gemeint sei. Die Aenderung der Vorschrift sei nur Klarstellung des Sinns und bezwecke keine sachliche Aenderung. Der Zweck des § 1381 sei lediglich der, den dinglichen Bestand des eingebrachten Gutes der Frau gegen eine Auflösung in obligatorische Ansprüche zu schützen. Windmüller meint: „Der § 1381 findet nur dann Anwendung, wenn der Mann durch ein Rechtsgeschäft einen Gegenstand erwirbt und dabei entweder unmittelbar durch das den Erwerb begründende Rechtsgeschäft oder mittelbar durch ein zweites zur Erfüllung der aus dem ersten erwachsenen Verpflichtung vor-

---

[51]) Mot. IV, Prot. IV, S. 802 ff.
[52]) Beyer, S. 123 ff.
[53]) Windmüller, S. 44 ff.
[54]) Staudinger, RGR. Kom., Warn., Leonhard zu § 2019, Planck zu § 1381; Wolff, § 50 (2); Thiele, S. 17; Wierusz., S. 318; Feist, S. 34.
[55]) Windmüller, S. 44.
[56]) Windmüller, S. 45.
[57]) Siehe auch Beyer, S. 125.

genommenes Rechtsgeschäft eine wirksame Verfügung über einen Gegenstand trifft, der juristisch zum eingebrachten Gut gehört[58])."

Dem wäre zuerst entgegenzuhalten, daß der Sinn und Zweck des § 1381 doch noch ein anderer als nur der oben angeführte ist. Es ist richtig, daß die Surrogation den Eigentumsübertragungsakt ersetzen soll. Die Bestimmung ist aber doch geschaffen worden, um das eingebrachte Gut der Frau als Vermögenseinheit zu erhalten. Da dem Manne die Verwaltung des eingebrachten Gutes zusteht, ist es sehr leicht möglich, daß es sich durch die Verfügungen des Mannes in Ersatzforderungen gegen den Mann auflöst. Dagegen soll die Frau geschützt werden. Das eingebrachte Gut soll als eine Vermögenseinheit bestehen bleiben. Der Bestand dieses Vermögens soll durch die Verfügungen des Mannes auf Grund seines Verwaltungsrechtes nicht gefährdet werden. Unter Vermögen ist nun eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, also ein wirtschaftlicher Begriff. Was zu diesem Vermögen gehört, richtet sich dann auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Also sind auch die Mittel nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, wie ja auch die ganzen Surrogationsbestimmungen eine wirtschaftliche Ausnahmemaßregel gegenüber allgemeinen Rechtsgrundsätzen darstellen.

Weiter ist der Meinung von Beyer und Windmüller entgegenzuhalten, daß der Ausdruck „Mittel" sonst nur noch im § 45 KO. vorkommt. Wird die Parallele damit abgelehnt, so muß man berücksichtigen, woher der Ausdruck „Mittel" stammt. In der Rechtswissenschaft ist er nicht vertreten, ist vielmehr aus der Volkswirtschaft übernommen worden. Daraus wird klar, daß er nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen zu bewerten ist mit Rücksicht auf die Zwecke, denen die Vorschrift dienen soll[59]).

Es soll die Substanz des eingebrachten Guts in ihrer Integrität bewahrt bleiben. Die Auflösung des eingebrachten Gutes in Ersatzansprüche durch die Verwendung von Mitteln bedingt eine Verminderung der Substanz. Deshalb ist unter „Mittel" alles zu verstehen, was durch sein Ausscheiden eine Minderung der Substanz hervorruft. Da die Substanz ein Inbegriff von Sachen und Rechten ist oder wenigstens sein kann, so gehört zu den Mitteln alles, „was den Gegenstand und Inhalt eines Vermögensbegriffs bilden kann, also sowohl Sachen als auch Rechte"[59]). Demnach fällt auch darunter, was nicht nur juristisch, sondern auch bloß wirtschaftlich zum Vermögen gehört, also was ihnen gebührt. Hauptsächlich handelt es sich um Geld, Kapitalien und sonstige wirtschaftliche Werte. Ob die Mittel im Eigentum des betreffenden Vermögenssubjekts stehen oder nicht, ist gleichgültig. Es genügt, daß zum Erwerbe „eigene, nicht allein ‚eigentümlich' gehörende Mittel" verwandt werden[60]); denn der Nachweis ihres Eigentums, besonders beim Gelde, wird der Frau in den seltensten Fällen gelingen. Deshalb soll das wirtschaftliche Moment entscheiden. Wird mit den Mitteln, die wirtschaftlich als zum eingebrachten Gut gehörig anzusehen sind, etwas erworben, so fällt dieser Erwerb ins eingebrachte Gut.

Den Ansichten von Beyer und Windmüller widerspricht auch die Zeitentwicklung. Die Motive haben der Wissenschaft und Praxis die

---

[58]) Windmüller, S. 51/52.
[59]) Thiele, S. 17.
[60]) Recht 1906, Nr. 2862; RGR.Kom. zu § 1381.

richtige Erfassung des Gedankens überlassen und die neuere Literatur wie auch das Reichsgericht [61]) stehen im großen und ganzen auf dem Standpunkt, daß die „Mittel" nicht nach juristischen, sondern nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bewertet werden.

Eine weitere Voraussetzung dafür, daß der Erwerb ins eingebrachte Gut fällt, ist die, daß die Mittel aus dem eingebrachten Gut entnommen sind; denn die Surrogation tritt nur dann ein, wenn eine Verminderung der Substanz des eingebrachten Guts stattgefunden hat. Der Erwerb soll der Ersatz für den ausgeschiedenen Gegenstand sein. Deshalb fällt der Erwerb mit Mitteln des Vorbehaltguts oder des Mannes, ausgenommen die Haushaltungsgegenstände nach § 1382 BGB., oder eines Dritten nicht ins eingebrachte Gut, weil keine Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes eingetreten ist. Ebenfalls müssen aus diesem Grunde die Mittel zur Zeit des Erwerbes im eingebrachten Gut vorhanden sein. Werden sie nachträglich herausgenommen, erstattet die Frau später dem Manne die Auslagen, so geht das Eigentum nur auf Grund eines Uebertragungsaktes über. Es liegt kein Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes vor.

Die Belastung des eingebrachten Gutes mit einer obligatorischen Forderung bedingt nicht die Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes. Es wird kein Mittel verwandt, nicht etwas tatsächlich aus dem eingebrachten Gut herausgenommen. Auch findet Surrogation in diesem Falle keine Anwendung. Aus dem gleichen Grunde fällt der Erwerb durch ein solches Rechtsgeschäft nicht ins eingebrachte Gut, das sich ohne Aufopferung von Mitteln nur auf das eingebrachte Gut bezieht [62]). Höchstens nach den allgemeinen Grundsätzen über Stellvertretung könnte ein solcher Erwerb ins eingebrachte Gut fallen.

Als Beispiel für diese Fälle könnte man folgendes anführen: eine Ehefrau im gesetzlichen Güterstande hat als Vermögen und zwar als eingebrachtes Gut nur einen Bauernhof, den sie mit ihrem Manne zusammen bewirtschaftet. Kauft der Mann ein Ackerpferd, so geht aus der Art des Kaufes schon hervor, daß er es für das eingebrachte Gut der Frau kaufen will. Wenn nun die Frau den Kaufpreis nicht aus dem eingebrachten Gute nimmt, also keine tatsächliche Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes stattfindet, so tritt keine Surrogation ein und der Mann als Käufer, dem als solchem das Pferd übergeben worden ist und mit dem sich der Verkäufer über den Eigentumsübergang geeinigt hat, ist Eigentümer des Pferdes geworden. Dieses ist aber nur der Fall, wenn der Mann, ohne irgendwie zu sagen, für wen er kaufen will, den Kauf tätigt. Tritt er dagegen als Vertreter der Frau auf und erklärt er, daß er für seine Frau kaufen wolle, so ist nach den Regeln über Stellvertretung die Frau Eigentümerin des Pferdes geworden, gleichgültig, ob sie oder ihr Mann den Kaufpreis gezahlt hat [63]).

Hat ein Erwerb teils mit Mitteln des eingebrachten Guts teils mit anderen Mitteln stattgefunden, so fällt nur der Teil des Erwerbes ins eingebrachte Gut, der sich als Aequivalent für die ausgeschiedenen Mittel des eingebrachten Gutes darstellt [64]). Es entsteht zu diesem Teil an dem Erwerb Miteigentum.

---

[61]) RG. 126/117; Recht 30, Nr. 48.
[62]) ebenso RGR.Kom., § 2019 (2).
[63]) RGR.Kom., § 1381 (1).
[64]) ebenso RGR.Kom., § 1381; Staudinger, § 1381.

Die Anhänger der Ansicht von Beyer und Windmüller, welche die „Mittel" nach juristischen Gesichtspunkten bewertet wissen wollen, müssen auch weiter folgern, daß nur dann mit Mitteln etwas erworben ist, wenn die Verfügung über Gegenstände des eingebrachten Guts wirksam ist; denn bei unwirksamer Verfügung gehört juristisch das Mittel doch zum eingebrachten Gut. Es ist keine Lücke im eingebrachten Gute entstanden.

Fraglich ist es aber, wenn das, was als Mittel zu gelten hat, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten sich richtet. Die herrschende Ansicht[65]) geht von dem Standpunkt aus, daß die Verfügung wirksam sein muß. Andernfalls hätte z. B. die Frau beim eingebrachten Gute zwei Ansprüche. Sie könnte von dem Manne das Surrogat verlangen, aber vom Dritten auch die Sache selbst, falls der Dritte nicht schon Eigentümer, z. B. infolge guten Glaubens, geworden ist. Aus diesem Grunde heraus verlangt man also die Wirksamkeit der Verfügung. Die Frau muß sich sofort entscheiden, ob sie die Verfügung des Mannes durch ihre Genehmigung wirksam machen will, wenn sie das Surrogat erhalten will, oder ob sie den Gegenstand selbst vom Dritten zurückverlangen will. Klagt sie nun gegen den Dritten auf Herausgabe des Gegenstandes, so liegt — allgemein anerkannt — darin eine Verweigerung der Genehmigung. Die Verfügung des Mannes ist also unwirksam und der Frau steht der Eigentumsanspruch auf den Gegenstand zu, vorausgesetzt, daß der Dritte nicht durch guten Glauben oder sonstwie schon Eigentum erworben hat. Das ist aber sehr unzweckmäßig; denn hinterher kann sich herausstellen, daß der Gegenstand untergegangen oder wertlos geworden ist[66]).

Um nun der Frau einen wirksameren Schutz zu geben, um aber auch eine evtl. doppelte Bereicherung zu vermeiden, ist es am besten, der Ansicht von Kipp[67]) zu folgen. Dieser will Surrogation schon bei jeder Verfügung, durch die tatsächlich eine Verminderung der Vermögenssubstanz stattgefunden hat, eintreten lassen. Freilich liegt es immer noch in der Hand der Frau, das Surrogat zu verlangen oder nicht, indem sie genehmigt oder ihre Genehmigung verweigert. Nur muß sie gegen Auslieferung des Gegenstandes die Verfügung des Mannes genehmigen. Die Gefahr besteht also nicht, wie bei der Genehmigung vor Auslieferung des Gegenstandes, daß die Frau den Gegenstand überhaupt nicht erlangt.

Die Versuche von Leonhard[68]) und Bellermann[69]), den Gedanken aus § 281, Abs. II, BGB. für diesen Fall zu verwenden und eine verhältnismäßige Reduzierung des Anspruchs in Höhe seiner Befriedigung aufzustellen, oder die Klage der Frau gegen den Mann nur gegen Abtretung des Anspruches gegen den Dritten nach § 255 BGB. für zulässig zu erachten, sind gegenüber der Lösung von Kipp zu kompliziert und deshalb abzulehnen.

Im praktischen Ergebnis liegt eine allzu große Abweichung der Meinungen nicht vor; denn die einen verlangen eben als Voraussetzung des Eintritts der Surrogation die Wirksamkeit der Verfügung, während die anderen in dem Herausverlangen des Gegen-

---

[65]) Staudinger, RGR.Kom. zu § 2019; Crome, § 715, Nr. 17; Wolff, § 50 (2).
[66]) Leonhard zu § 2019 II. C 2.
[67]) Kipp, § 68 II. 1. (Erbrecht).
[68]) Leonhard, § 2019 II. C 2.
[69]) Bellermann, S. 44 ff.

standes vom Dritten die Genehmigungsverweigerung und in dem Herausverlangen des Surrogats die Genehmigung erblicken. Die letztere Ansicht bietet einen besseren Schutz für die Frau und entspricht auch mehr dem Begriff „mit Mitteln des eingebrachten Gutes"; denn wie oben festgestellt wurde, ist der Begriff „Mittel" ein wirtschaftlicher. Jedes tatsächliche Ausscheiden eines Gegenstandes aus dem Vermögensbestand bringt eine Verminderung der Substanz des Vermögens mit sich. Wird dann auch bei unwirksamer Verfügung ein anderer Gegenstand erworben, so tritt dieser Gegenstand als Aequivalent in die entstandene Lücke. Somit muß sich das verwendete Mittel zum erworbenen Gegenstande verhalten wie Leistung zur Gegenleistung. Sie müssen zueinander in einem inneren Causalzusammenhang stehen. Nicht darf das Mittel mit dem erworbenen Gegenstand identisch sein. Z. B. ist das Einziehen einer Forderung nur die Realisierung von einem „Mittel", dem Forderungsrecht. Auch hier kann man von einer Identität sprechen; denn besteht der Anspruch auf eine bestimmte Sache, so findet kein eigentlicher Wertaustausch statt, sondern an die Stelle des ideellen Wertes tritt durch Realisierung der Forderung der ihr eigene reale Wert [70]). Der alte wirtschaftliche Wert wird durch das Erfüllungsgeschäft erschöpft, an die Stelle des alten Wertes wird kein neuer wirtschaftlicher Wert gesetzt. Für diesen Fall käme bei der Surrogation nach § 1370 die Bestimmung „auf Grund eines Rechts" in Frage. Jetzt hat aber der Gesetzgeber, obwohl er früher eine solche Bestimmung im ersten Entwurf auch für das eingebrachte Gut vorgeschlagen hat, die Surrogation „mit Mitteln des Vermögens" als Gesetz aufgestellt. Damit will er also für das eingebrachte Gut den Erwerb auf Grund eines Rechts und als Ersatz für die Zerstörung, ... als Surrogationsfälle ausgeschieden wissen; denn schon nach allgemeinen Grundsätzen fällt dieser Erwerb ins eingebrachte Gut. Kommt z. B. der Mann zum Schuldner der Frau und will eine Forderung einziehen oder eine Versicherungssumme abheben, so wird der Schuldner oder die Versicherungsanstalt den Mann als Vertreter der Frau behandeln. Ihnen ist es nicht gleichgültig, wer die Forderung einzieht, da sie evtl. zweimal die Schuld erledigen müßten. Aus diesen Gründen wird der Schuldner oder die Versicherungsanstalt stets eine Legitimation verlangen oder aus den ganzen Umständen wird sich offen die Vertretung des Mannes ergeben. Will der Mann trotzdem die Forderung für seine Rechnung einziehen, so muß er es offen und zwar im Augenblicke der Einziehung erklären. Das ergibt sich aus dem Gesetzestext. Dort steht ausdrücklich: „nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben w i l l", nicht w o l l t e, wie es zuerst heißen sollte. Eine spätere diesbezügliche Erklärung hat demnach keine Bedeutung. Aus der ganzen Natur der Sache ist zu erkennen, daß der Mann im Namen der Frau handelt und die eingezogene Forderung nach allgemeinen Grundsätzen ins eingebrachte Gut fällt. Die Surrogation „mit Mitteln des eingebrachten Gutes" ist hier also nicht am Platze.

Der Erwerb des Mannes und die Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes müssen in einem inneren causalen Zusammenhange stehen. Daß hier unbedingt ein rechtlicher Zusammenhang bestehen muß [71]), halte ich nicht für nötig. Wie hier schon immer betont wurde, handelt es sich bei der Surrogation um eine wirtschaftliche

[70]) Siehe Thiele, S. 29/30.
[71]) Planck, § 2019.

Maßnahme. Der Begriff „mit Mitteln" ist ein wirtschaftlicher. Dann braucht der Zusammenhang auch nur ein wirtschaftlicher zu sein[72]). Verschenkt der Mann Gegenstände des eingebrachten Gutes und erhält dafür Gegenstände vom Dritten, so daß es sich gleichsam um eine Gegenleistung handelt, dann muß man hier den inneren Zusammenhang bejahen. Der Erwerb muß mit der Verminderung der Substanz wirtschaftlich in Verknüpfung stehen.

Der Eintritt der Surrogation erfolgt nun unmittelbar kraft Gesetzes mit dem Augenblick des Erwerbs der Sache oder des Rechts durch den Mann. Wenn Wolff[73]) und Planck[74]) behaupten, daß die Frau Rechtsnachfolgerin des Mannes sei, so ist dem nicht beizustimmen. Der Gesetzgeber wollte es gerade durch die Surrogationsbestimmung vermeiden, daß der Erwerb in der Person des Mannes entstehen sollte; deshalb wird von einer dinglichen Surrogation gesprochen, die klare Eigentumsverhältnisse schafft[75]). In dem Augenblick, in dem der Mann an sich den Erwerb machen würde, entsteht das Eigentum an dem erworbenen Gegenstande nicht in der Person des Mannes, sondern der Frau und zwar unmittelbar und kraft Gesetzes. Entscheidend ist der Augenblick, in dem der dingliche Rechtserwerb stattfindet, das Eigentum nach den §§ 929—936 BGB. übergeht[76]).

Dieser Fall tritt aber nur dann ein, wenn der Mann sofort mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt. Verwendet er eigene Mittel, so ist keine Lücke im eingebrachten Gute entstanden. Der Mann ist Eigentümer geworden. Nach allgemeinen Regeln, durch Einigung und Uebergabe, erhält die Frau dann Eigentum.

Werden überhaupt keine Mittel weder des Mannes noch des eingebrachten Guts verwandt, wird das eingebrachte Gut nur mit einer obligatorischen Forderung belastet, so erlangt zunächst der Mann als Käufer Eigentum; denn die Surrogation greift nicht durch, weil keine Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes eingetreten ist. Werden nun aber nachträglich die Mittel aus dem eingebrachten Gute genommen, dann greift Surrogation Platz und zwar rückwirkend. Mit der Verwendung von Mitteln des eingebrachten Gutes gilt der Eigentumsübergang auf den Mann als nicht geschehen. Das Eigentum der Frau wird auf Grund der Surrogation rückwirkend begründet und zwar erfolgt der Eigentumsübergang ins eingebrachte Gut kraft Gesetzes[77]).

Freilich wird dadurch nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Erwerb unbedingt eingebrachtes Gut wird; denn der Gesetzestext sagt nur: das Eigentum „geht auf die Frau über". Also kommt es auf die Beschaffenheit des Erwerbes selbst an, ob es eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut wird. Kauft der Ehemann für die Frau Schmuck mit Mitteln des eingebrachten Gutes, so wird der Schmuck nicht eingebrachtes Gut, sondern nach § 1366 in Verbindung mit § 1381 BGB. Vorbehaltsgut der Ehefrau. Der Anspruch auf Uebereignung ist freilich noch eingebrachtes Gut; denn erst mit dem Entstehen des Eigentums wird die Vorbehaltsgutseigenschaft begründet. Dies stellt sich

---

[72]) ebenso Staudinger, § 2019.
[73]) Wolff, § 50 I 3.
[74]) Planck zu § 1381 (10).
[75]) Landsberg zur RGE. 126/116 in JW. 1930/257.
[76]) Ebenso Staudinger zu § 1381; RGR.Kom.; Warn,; RG. 84/74.
[77]) von Thur, Bd. II, 2. S. 377.

somit auf Grund einer Gesetzesbestimmung als Ausnahme von der Surrogation dar, nach der jeder Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Guts eingebrachtes Gut wird.

Der Frau liegt also dann nur der Beweis ob, daß „Mittel des eingebrachten Gutes" verwendet sind. Kann der Mann den Beweis nicht erbringen, daß er beim Erwerbe für seine Rechnung gehandelt hat, so setzt die Surrogation des § 1381 die Vermutung des § 1362 BGB. außer Kraft. Der Erwerb gilt als eingebrachtes Gut und begründet zugleich ein Aussonderungsrecht im Sinne des § 45 KO., weil mit der Surrogation auch der Beweis erbracht wird, daß die Frau „nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners" erworben hat. Die Surrogation des § 1381 hebt somit die Vermutung des § 1362 auf: was mit Mitteln des eingebrachten Guts erworben ist, soll wieder eingebrachtes Gut werden. Dabei soll das „Ur- und Grundrecht der Person nicht angetastet werden"[78]). Jede Person soll eben das Recht haben, die Vermutung durch seine eigene Erklärung zu widerlegen. Bestimmt sie nicht durch eine offene Erklärung, in welchen Rechtskreis ein erworbener Gegenstand eintreten soll, so greift die Surrogation als Vermutung durch.

§ 3b.

„Was erlangt ist durch ein Rechtsgeschäft und zwar in Beziehung auf dasselbe."

Die Surrogationsbestimmung „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das Sondervermögen bezieht", bringt durch das Wort „bezieht" einen wirtschaftlichen Zusammenhang des Erwerbs mit dem Sondervermögen zum Ausdruck. Unbestritten ist es, daß es sich in diesem Fall nur um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt. Dabei soll bestimmt werden, inwieweit ein Erwerb dem einen oder dem anderen Vermögen zufällt. Also steht der Eigentümer des Erwerbes schon fest. Da dieser zwei Vermögenskomplexe in seiner Hand vereinigt, ist es fraglich, welchem dieser Komplexe der Erwerb zugewiesen wird.

Im allgemeinen fällt jeder Erwerb ins allgemeine Vermögen. So bestimmt z. B. im gesetzlichen Güterrecht der § 1365 BGB., daß das Vermögen, welches die Frau während der Ehe erwirbt, eingebrachtes Gut, also allgemeines Frauenvermögen wird. Als Ausnahme hat der Gesetzgeber in den §§ 1366—70 das Vorbehaltsgut geschaffen. Gegenüber dem allgemeinen Vermögen soll das Vorbehaltsgut als Sondervermögen abgetrennt werden. Es tritt dem anderen als ein in sich geschlossenes Ganze gegenüber. Als ein Ganzes soll dieses Vermögen erhalten bleiben und als ein lebendiges Ganze fortgebildet werden. Der Bestand soll erhalten bleiben. Zu einer ordnungsgemäßen Erhaltung gehört auch eine ordnungsgemäße Verwaltung. Das ist auf die Dauer nur möglich, wenn jeder Erwerb, der rechtlich und wirtschaftlich mit dem Sondervermögen in Zusammenhang steht, eben wieder in dieses Sondervermögen fällt. Den rechtlichen Zusammenhang bringen die oben schon behandelten Bestimmungen: „was auf Grund eines Rechts als Ersatz .... erworben ist" zum Ausdruck, während die Bestimmung „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das betreffende Vermögen bezieht", den wirtschaftlichen Zusammenhang zum Ausdruck bringt.

---

[78]) Kohler, S. 12.

Diese Bestimmungen sind vom Rechtsgedanken der Surrogation geleitet. Die Surrogation: „durch Rechtsgeschäft, das sich auf das betreffende Vermögen bezieht", hat also auch den Zweck der Werterhaltung. Diese Sondervermögen sollen eine wirtschaftliche Einheit bilden. Ihre Existenz soll sowohl durch die eigene werbende Kraft (der rechtliche Zusammenhang) als auch durch Anschaffung (wirtschaftlicher Zusammenhang) gesichert werden. Vor allem muß rechtsgeschäftlich über einzelne Bestandteile des Sondervermögens verfügt werden, da diese evtl. zu Grunde gehen oder wertlos werden. Um nun dieser Vermögensverminderung zu entgehen, soll jeder Erwerb, der sich auf das Sondervermögen bezieht, dem Ganzen des Sondervermögens angegliedert werden und dessen rechtliche Natur erhalten. So bleibt „die Identität des Ganzen bei aller Verschiebbarkeit der einzelnen Vermögensbestandteile aufrechterhalten" [79]).

Bei dieser Surrogationsbestimmung ist über den ursprünglichen Ersatzgedanken hinausgegangen. Es soll nicht nur das, was durch einen Umtausch von Werten erlangt ist, was also als Ersatz für etwas Ausgeschiedenes eingetreten ist, dem Sondervermögen anheimfallen, sondern auch das in Beziehung auf das Rechtsgeschäft Erworbene. Das Wort „bezieht" bringt zum Ausdruck, daß jeder Erwerb für das Sondervermögen, im wirtschaftlichen Interesse des Sondervermögens wieder dem Sondervermögen zufällt. Nicht nur ein Schutz gegen Bestandsverminderung oder Auflösung in Ersatzansprüche, sondern auch volle rechtliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit soll gewährleistet werden. Das Ur- und Grundrecht einer jeden Person, durch seine eigene Erklärung zu bestimmen, in welchen Rechtskreis ein jeder Erwerb fällt, soll nicht aufgehoben werden. Da ein Rechtsgeschäft die Grundlage des Erwerbes bildet und da Rechtsgeschäft jede vom bürgerlichen Recht als solche anerkannte Willenserklärung ist, die von dem ausgeht, dem die Verwaltung des Vermögens zusteht, so ist das subjektive Moment bei dieser Bestimmung maßgebend. Dem Willen des Vermögensverwalters soll es überlassen bleiben, zu bestimmen, wohin der in Beziehung auf das Rechtsgeschäft getätigte Erwerb fällt. Daraus ergibt sich, daß der Erwerb nicht durch das Sondervermögen gemacht sein muß, sondern es genügt schon, wenn der wirtschaftliche Zweck des Erwerbes auf das Sondervermögen hinweist, wenn also die Absicht besteht, für das Sondervermögen zu erwerben. Mittel des Sondervermögens brauchen für den Erwerb nicht geopfert zu werden. Die Absicht, Gewinn zu machen, schließt die Anwendbarkeit des § 1370 nicht aus [80]). Andererseits soll der Sondervermögensinhaber die Möglichkeit haben, einen Erwerb mit Mitteln des Sondervermögens dem Sondervermögen zu entfremden und seinem übrigen Vermögen zuzuführen.

Zu weit würde es aber führen, es allein der Willkür des Subjekts des Sondervermögens zu überlassen, jeden Erwerb als Erwerb für das Sondervermögen zu bezeichnen. Fehlt es überhaupt an einer objektiven Beziehung, ist z. B. zur Zeit des Geschäftsabschlusses kein Sondervermögen vorhanden, so kann die subjektive Beziehung allein nicht ausreichend sein. Es würde dem Prinzip widersprechen, daß z. B. beim Vorbehaltsgut die Frau sich nicht einseitig beliebig Vorbehaltsgut verschaffen kann [81]). Es muß neben der subjektiven Be-

[79]) Wierusz., S. 302.
[80]) Mot. IV, S. 502.
[81]) Mot. IV, S. 178.

ziehung auch eine objektive Beziehung vorhanden sein. Die Voraussetzung für einen objektiven Zusammenhang ist stets das Vorhandensein von Sondervermögen. Es bildet den realen Anknüpfungspunkt [82]). Wo kein Vermögen vorhanden ist, können auch weitere Teile nicht hinzukommen oder als Ersatz eintreten. Erforderlich und genügend ist also stets, daß das „Rechtsgeschäft subjektiv in Beziehung auf das Vorbehaltsgut geschlossen ist und objektiv mit demselben in Zusammenhang gebracht werden kann" [83]).

Ob ein subjektiver oder objektiver Zusammenhang gegeben ist, kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung des Vermögensverwalters wie auch aus den Umständen ergeben. Offen tritt dieses zu Tage, wenn die Frau ihre Absicht, für das Vorbehaltsgut zu erwerben, bei Abschluß des Rechtsgeschäfts ausdrücklich erklärt. Voraussetzung ist selbstverständlich das Bestehen von Vorbehaltsgut im Hinblick auf den objektiven Zusammenhang.

Die begleitenden Umstände können auch dafür sprechen, daß für Rechnung des Vorbehaltsguts erworben sein soll; denn es ist nicht erforderlich, daß die Frau ihre Absicht, für das Vorbehaltsgut zu erwerben, bei Vornahme des Rechtsgeschäfts dem Beteiligten gegenüber erklärt [84]). Besitzt die Frau als Vermögen nur ein Landgut, welches Vorbehaltsgut ist und kauft die Frau nun einen Pflug, so ergibt sich schon aus der Art des Erwerbes, daß der Pflug für das Vorbehaltsgut angeschafft worden ist. Der Zusammenhang ergibt sich aus der wirtschaftlichen Zweckbeziehung. Der Erwerb soll dem Vorbehaltsgut dienstbar gemacht werden.

Stellt sich der Erwerb als durch das Vorbehaltsgut gemacht dar, ist mit Mitteln des Vorbehaltsguts ein Gegenstand erworben, so steht der objektive Zusammenhang zweifellos fest. Warneyer und Staudinger [85]) verlangen dazu noch, daß in irgend einer Weise das subjektive Moment zum Vorschein kommt. Auch ohne eine ausdrückliche Erklärung oder wirtschaftliche Zweckbeziehung ergibt sich meiner Ansicht nach schon aus der Verwendung von Mitteln, daß für das Vorbehaltsgut erworben worden ist. Wenn die objektive Beziehung absolut feststeht, dann läßt sich daraus auch auf die subjektive Beziehung schließen. Es ist doch üblich, daß die Frau Mittel des Vorbehaltsguts verwendet. Ausnahmsweise und nur auf Grund besonderer Erwägungen würde die Frau den Erwerb dem eingebrachten Gute zufließen lassen; denn damit würde sie ihre Verwaltung und Nutznießung am Erwerbe ausschließen. Das kann aber nur in Ausnahmefällen der Fall sein und aus Erklärungen der Frau würde diese besondere Absicht zu erkennen sein. Der wirtschaftliche Zusammenhang kommt aber auch schon genügend zum Ausdruck, wenn mit Mitteln des Vorbehaltsguts ein Gegenstand erlangt ist. In der Verminderung der Substanz des Sondervermögens liegt schon ein Zusammenhang mit dem Sondervermögen. „Da der Erwerb nicht wirtschaftlich durch das Vorbehaltsgut gemacht zu sein braucht, so erhellt daraus zugleich die Meinung, daß bei einem solchen Erwerbe der erforderliche Zusammenhang jedenfalls gegeben sei" [86]). Damit soll nicht gesagt sein, daß

---

[82]) Wierusz., S. 304.
[83]) Mot. IV, S. 177; RG. 72/165; 87/439; 92/139; Staudinger zu § 1370.
[84]) RG. 92/141.
[85]) Warn. zu § 2041; Staud. zu § 1370 u. § 2041.
[86]) RG. 92/14; Schmitt zu § 1370; Wolff, § 46 I 3c.; Planck, § 1370; Recht 1922, Nr. 1688.

allein durch die Mittelverwendung der wirtschaftliche Zusammenhang gegeben ist, sondern daß aus der Mittelverwendung sich auf den subjektiven Zusammenhang schließen läßt[87]). Die Mittelverwendung ist also auch ein Umstand, aus dem sich der subjektive Zusammenhang ergeben kann.

Der infolge des wirtschaftlichen Zusammenhangs gemachte Erwerb erhält Vorbehaltsgutseigenschaft mit Eintritt der Surrogation. Von einer Dinglichkeit der Surrogation kann man insofern sprechen, als mit Vorliegen der Surrogatsvoraussetzung der erworbene Gegenstand „von Rechts wegen Vorbehaltsgutseigenschaft gewinnt"[88]).

Da nach § 1363 allgemein jeder Erwerb der Frau ins eingebrachte Gut fällt, so liegt der Frau der Beweis der Surrogation ob und zwar muß sie in unserem Falle den Zusammenhang des Erwerbs mit dem Vorbehaltsgut beweisen.

[87]) Brill, S. 36/37.
[88]) Wierusz., S. 320.

3. Abschnitt:

Der Rechtsgedanke der Surrogation in seiner Anwendung auf das Kindesvermögen.

Im Laufe der Zeiten hat sich die gesetzliche Regelung in Bezug auf das Verhältnis von Vater zu Kind in erheblichem Maße geändert. Aus der früheren „patria potestas", der Allgewalt des Hausvaters im römischen Recht, hat sich im Interesse des Kindes die elterliche Schutzgewalt entwickelt, die im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den Bestimmungen über die elterliche Gewalt ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat.

Unter Berücksichtigung des natürlichen Schutzbedürfnisses des Kindes hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Herrschaftsgewalt des Vaters stark eingeschränkt. Da das Kind bis zur Volljährigkeit nicht voll geschäftsfähig ist, überhaupt jedes rechtsgeschäftliche Handeln des Kindes der Zustimmung des elterlichen Gewalthabers bedarf, hat für diese Zeit der elterliche Gewalthaber das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Das Vermögen steht somit unter der Verwaltung des elterlichen Gewalthabers. Es ist sogar seine Pflicht, für das Vermögen zu sorgen, d. h. den Interessen des Kindes zu dienen. Daraus ergibt sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die elterliche Gewalt im Interesse des Kindes geregelt hat, daß es sich mehr um eine „Art moderner Vormundschaft" [1]) handelt.

Die elterliche Gewalt umfaßt neben der Vertretung des Kindes in Beziehung auf Person und Vermögen des Kindes auch das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen. Das Gesetz hat aber auch eben aus dem natürlichen Schutzbedürfnis des Kindes heraus Bestimmungen getroffen, nach denen die Verwaltung oder Nutznießung des elterlichen Gewalthabers ausgeschlossen ist. Somit tritt eine Dreiteilung des Kindesvermögens in Erscheinung. Auf der einen Seite steht das allgemeine Kindesvermögen, das der Verwaltung und Nutznießung des elterlichen Gewalthabers unterworfen ist, auf der anderen Seite die Sondervermögen des Kindes. Bei den letzteren kann dem elterlichen Gewalthaber entweder die Verwaltung nach § 1638 oder die Nutznießung nach § 1651 BGB. entzogen sein. An Hand dieser Dreiteilung wollen wir nun die Anwendung des Rechtsgedankens der Surrogation untersuchen.

---

[1]) Beyer, S. 320.

§ 1.

Der Rechtsgedanke der Surrogation beim allgemeinen Kindesvermögen.

Als das „allgemeine" Kindesvermögen kann man alles Vermögen des Kindes bezeichnen mit Ausnahme der Sondervermögen, die gesetzlich festgelegt sind. Da dem noch nicht volljährigen Kinde die Geschäftsfähigkeit fehlt, verwaltet also nicht der Eigentümer das Kindesvermögen, sondern ein besonderer Verwalter. Eigentümer und Vermögensverwalter sind nicht identisch. Deshalb muß das Gesetz wegen des Schutzbedürfnisses des Kindes Maßnahmen treffen, um das Kind vor nachteiligem Handeln des Verwalters zu schützen; denn allgemein gilt auch hier der Satz, daß ein jeder das von ihm im eigenen Namen Erworbene für sich erwirbt. Die Maßnahmen müssen also die Erhaltung des Kindesvermögens in seinem Bestande bezwecken.

Der elterliche Gewalthaber ist kraft Gesetzes zur Verwaltung des „allgemeinen" Kindesvermögen berechtigt. Kraft Gesetzes steht ihm ferner das Recht zu, als Stellvertreter des Kindes aufzutreten. In dieser Eigenschaft kann er sowohl im eigenen Namen für Rechnung des Kindesvermögens Rechtsgeschäfte abschließen, als auch im Namen des Kindes direkt handeln.

Das Handeln in fremdem Namen bewirkt, daß die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts allein in der Person des Vertretenen eintreten. Das Rechtsgeschäft gilt dann als von dem Vertretenen selbst abgeschlossen. Also wird das Kind als Vertretener unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Deshalb erübrigt sich eine besondere Vorschrift, weil das Kindesvermögen schon nach allgemeinen Grundsätzen über Stellvertretung in seinem Bestande erhalten wird.

Das Gesetz gestattet dem elterlichen Gewalthaber nun auch im eigenen Namen für Rechnung des Kindesvermögens zu handeln. Nach § 164 II BGB. würde dann nicht das Kind, sondern der elterliche Gewalthaber unmittelbar berechtigt und verpflichtet sein. Statt des Surrogats erlangt der Berechtigte nur einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Surrogats. In diesem Falle würde im Hinblick auf die obigen Erwägungen (Seite 18 ff.) eine Maßnahme zum Schutze des Kindesvermögens nötig sein. Es handelt sich hier um den Ersatz für den Uebertragungsakt oder, anders gesagt, es soll der Erwerb des Verwalters als ein direkter Erwerb des Eigentümers angesehen werden. Dann kommt die Surrogation des § 1646 zur Anwendung. „Erwirbt der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf das Kind über, es sei denn, daß der Vater nicht für Rechnung des Kindes erwerben will."

Nach dem ausdrücklichen Gesetzestext kommt die Surrogation nur bei beweglichen Sachen in Frage und, wie der § 1646 weiter ausführt, auch bei Inhaberpapieren und Orderpapieren, die mit Blankoindossament versehen sind und bei Rechten an Sachen der bezeichneten Art oder bei anderen Rechten, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt. Bei allen andern Rechtsgeschäften gilt eben die Vermutung des § 1646 nicht; denn sobald es einer besonderen Form bedarf, kommt in dieser Form ja der Wille des elterlichen Gewalthabers zum Ausdruck, für wessen Rechnung er erwerben will. Kauft der elterliche Gewalthaber ein Grundstück mit Mitteln des Kindesvermögens, so ergibt sich aus der Grundbucheintragung,

wem das Eigentum am Erwerbe zustehen soll. In den anderen Fällen spricht für das Vorhandensein des Willens, den Erwerb für das Kindesvermögen zu tätigen, die Vermutung, falls der elterliche Gewalthaber mit Mitteln des Kindes etwas erlangt hat [2]). Hat der elterliche Gewalthaber für Rechnung des Kindes erworben, so hat er auch „notwendig die Absicht gehabt, das Erworbene durch Selbstkontrahieren dem Kinde zuzuwenden. Daß diese Absicht bestände, wird durch unwiderlegliche Gesetzesvermutung festgestellt" [3]). Es kommt dabei allein auf den Willen des Verwalters, also des elterlichen Gewalthabers an, nicht auf den des Vertragsgegners. Diesem ist es in den meisten Fällen gleichgültig, wem er das Eigentum überträgt, und es kann angenommen werden, daß er mit den Bestimmungen des elterlichen Gewalthabers, die dieser über den Gegenstand trifft, einverstanden ist [2]).

Zum Unterschiede von § 1381 bestimmt § 1646, daß jeder Erwerb „mit Mitteln des Kindes", nicht bloß mit Mitteln des „allgemeinen" Kindesvermögens, in das Eigentum des Kindes fällt. Es kommt also nicht darauf an, ob aus allgemeinen oder Sondervermögen die Mittel entnommen werden. § 1646 läßt eben jeden solchen Erwerb Eigentum des Kindes werden, vorausgesetzt, daß eine Verminderung der Substanz des Kindesvermögens eingetreten ist, also tatsächlich etwas aus dem Kindesvermögen herausgenommen ist [4]). Grund zu dieser Regelung ist das vollständige Fehlen der Geschäftsfähigkeit des Kindes.

Ob der so getätigte Erwerb nun allgemeines oder Sondervermögen wird, richtet sich nach den betreffenden Gesetzesbestimmungen. Freies Vermögen — das ist solches Vermögen, welches der Nutznießung des Vaters entzogen ist, — würde er erst auf Grund der Bestimmung der §§ 1650, 1651 BGB., während er ein Sondervermögen nach § 1638 BGB. nur dann würde, wenn es sich um Mittel des Sondervermögens handelt und das Rechtsgeschäft sich auf das Sondervermögen bezieht, also die rechtsgeschäftliche Surrogation des § 1638 Abs. II BGB. zur Anwendung kommt.

In den vorigen Fällen war der elterliche Gewalthaber zur Verwaltung berechtigt. Auf Grund dieses Rechts waren seine Verfügungen wirksam. Anders liegt aber der Fall, wenn der elterliche Gewalthaber über Gegenstände des Kindesvermögens verfügt, die nach § 1643 BGB. seiner selbständigen Verfügungsgewalt entzogen sind. Zum Verkauf eines Grundstücks, das dem Kindesvermögen angehört, bedarf der elterliche Gewalthaber der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts. Seinem Verfügungsrecht sind also Grenzen gezogen. Ueberschreitet er diese Grenzen, so ist die Verfügung schwebend unwirksam. In dieser Schwebezeit kann nun das Kind oder vielmehr an seiner Stelle das Vormundschaftsgericht wählen, ob es das Surrogat vom elterlichen Gewalthaber für das Kind herausverlangt und damit die Verfügung durch die in dem Herausverlangen liegende Genehmigung wirksam macht oder den Gegenstand selbst vindiziert, also die Genehmigung verweigert; denn nach unserer Ansicht ist für das Eintreten der Surrogation nur eine Minderung der Substanz nötig, nicht die Wirksamkeit der Verfügung. Freilich ist die Verfügung auch wirksam,

---

[2]) RGR.Kom., §1646.

[3]) Opet und v. Blume zu § 1646.

[4]) Siehe die obigen Ausführungen bei der Surrogation „mit Mitteln des Vermögens".

wenn der Erwerber durch Bestimmungen über den guten Glauben das Eigentum an dem Erworbenen erlangt hat. Dann ist eine Vindikation des Gegenstandes selbst ausgeschlossen. Das Vormundschaftsgericht als Vertreter des Kindes kann nur die Herausgabe des Surrogats an das Kind verlangen. Ist das Kind aber über den Wert des Surrogats hinaus geschädigt worden, weil der elterliche Gewalthaber unbefugterweise oder gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Verwaltung gehandelt hat, so hat das Kind nach der „Surrogation im schwächeren Sinne" Schadensersatzansprüche nach allgemeinen Regeln.

In demselben Sinne ist zu entscheiden, wenn dem elterlichen Gewalthaber die Verwaltung über das allgemeine Kindesvermögen entzogen ist. Man kann diesen Verfügungen nicht jede Wirksamkeit absprechen, sondern es müssen die Regeln über Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung finden, weil der elterliche Gewalthaber eben gesetzlicher Vertreter des Kindes ist und man ihm die Stellung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht einräumen muß [5]). Handelt der elterliche Gewalthaber in der Absicht, für das Kindesvermögen tätig zu werden, so hat er den Willen, ein fremdes Geschäft zu führen, da er Kindesvermögen stets als fremdes Vermögen verwaltet. Nach §§ 681, 666—668 BGB. hätte das Kind einen Anspruch auf das Surrogat. Anders ist der Fall nach § 687 BGB., wenn der elterliche Gewalthaber dieses Geschäft als sein eigenes besorgen will. Das Geschäft wird nicht für Rechnung des Kindes getätigt, sondern für eigene Rechnung. Dann wird der Gegenstand Eigentum des elterlichen Gewalthabers und der Eigentumsübergang auf das Kind kraft Gesetzes tritt nicht ein, weil der elterliche Gewalthaber „nicht für Rechnung des Kindes erwerben will" (§ 1646 BGB.) [6]).

Hat der elterliche Gewalthaber nun durch eine Verfügung über einen Gegenstand des Kindesvermögens eine Forderung erworben und ist diese Forderung kraft Surrogation auf das Kind übergegangen, so regelt sich das Verhältnis vom Dritten zu Kind und elterlichen Gewalthaber nach dem § 412 BGB. Es kommen insbesondere die Fälle der Surrogation der § 1381, 1646 BGB. in Betracht. Ein von einer anderen Person gemachter Erwerb soll so angesehen werden, als wäre er von dem Surrogationsberechtigten unmittelbar gemacht. Dann handelt es sich um die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes im Sinne des § 412 BGB. [7]). Nach § 412 BGB. finden die Vorschriften der §§ 399—404, 406—410 BGB. entsprechende Anwendung.

Die Verteilung der Beweislast regelt sich auch in der Weise, daß das Kind nur den Beweis der Mittelverwendung von Kindesvermögen zu führen braucht. Dann wird vermutet, daß der elterliche Gewalthaber auch für Rechnung des Kindes den Erwerb getätigt hat. Damit steht das Kindeseigentum fest. Das Kind hat statt der bevorzugten Befriedigung ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Vaters, es sei denn, daß der elterliche Gewalthaber den Beweis erbringt, daß er nicht für Rechnung des Kindes erwerben wollte.

---

[5]) Staudinger zu § 1638 II.
[6]) RG. 126/116; JW. 1930/257; Recht 30, Nr. 48.
[7]) Thiele, S. 68.

§ 2a.

Der Rechtsgedanke der Surrogation bei den Sondervermögen des Kindes und zwar bei Kindesvermögen nach § 1638 BGB.

Das Gesetz hat in dem § 1638 BGB. ein Sondervermögen des Kindes im Gegensatz zum allgemeinen Kindesvermögen geschaffen. „Die Vermögensverwaltung erstreckt sich nicht auf das, was das Kind von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung oder der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll." (§ 1638 BGB.). Grund zu einer solchen Bestimmung wie auch zu der Befugnis Dritter, die Verwaltung des elterlichen Gewalthabers auszuschließen, ist wohl der Wunsch, das Kind für sein späteres Leben sicherzustellen. Vielleicht ist einem Dritten der elterliche Gewalthalber nicht zuverlässig genug, um dieses bestimmte Vermögen in seiner wirtschaftlichen Einheit und seinem Bestande zu erhalten[8]). Dieser Zweckbestimmung des Vermögens entspricht die Surrogation des § 1638 Abs. II BGB. In diesem Fall hat der Gesetzgeber die Surrogation wie beim Vorbehaltsgut zugelassen, weil, wie es in den Motiven heißt, „das hier fragliche Vermögen den Charakter eines Vermögensganzen haben und ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Form desselben der elterlichen Vermögensverwaltung dauernd entzogen sein soll". „Was das Kind auf Grund eines zu einem solchen Vermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vermögen bezieht, ist gleichfalls der Verwaltung des Vaters entzogen." (§ 1638 II.)

Da sich auch hier zwei Rechts- und Interessenkreise, die des elterlichen Gewalthabers und des Kindes gegenüber stehen, ist es sonderbar, daß für dieses Vermögen die Surrogation nicht von einem Erwerbe „mit Mitteln des Vermögens" abhängig gemacht ist. Doch bedurfte es einer solchen Bestimmung nicht, da schon die Fassung des § 1646 „mit Mitteln des Kindesvermögens" auch diesen Fall mitumfaßt und das Erworbene in das Kindesvermögen fallen läßt. Die Beschaffenheit des Erwerbes soll dann den Ausschlag geben, ob er Sondervermögen oder allgemeines Vermögen wird. So wird z. B. der Erwerb mit Nutzungen des Sondervermögens nach § 1638 nicht Kindesvermögen, sondern Vermögen des elterlichen Gewalthabers, weil für diesen die Nutznießung an diesem Vermögen nicht gesperrt ist, also der Erwerb mit solchen Nutzungen nicht mit Mitteln des Kindesvermögens gemacht ist.

Gerade für diesen Fall wäre noch einmal die Frage zu erörtern, ob die subjektive Beziehung zu dem Sondervermögen bei dem rechtsgeschäftlichen Erwerb daraus zu folgern ist, daß der elterliche Gewalthaber ohne Vertretungsmacht mit Mitteln des Sondervermögens nach § 1638 etwas erlangt; denn die anderen Fälle, in denen in diesem besonderen Falle der Pfleger innerhalb der Grenzen seines Ver-

---

[8]) Holldack in Grünhuts Zeitschr. 1905, S. 578.

waltungsrechts handelt, sind die gleichen, wie die des § 1646 BGB. Bezüglich dieser Fälle ist auf die Ausführung zu § 1646 zu verweisen.

Infolge seiner Stellung als elterlicher Gewalthaber ist es dem Vater leicht, einen gutgläubigen Käufer für Bestandteile des Sondervermögens nach § 1638 zu finden. Gelingt dem Vater ein solches Handeln und wird vom Pfleger jetzt das Surrogat herausverlangt — darin liegt ja die Genehmigung der Verfügung —, dann entsteht die Frage, ob der Erwerb allgemeines oder Sondervermögen des Kindes nach § 1638 wird.

Der elterliche Gewalthaber erwirbt mit Mitteln des seiner Verwaltung entzogenen Kindesvermögens ein Pferd. Bei dem Erwerbe erklärte der elterliche Gewalthaber in keiner Weise, für welches Vermögen der Kauf getätigt sein soll. Verweigert der Pfleger die Genehmigung dieser elterlichen Verfügung, so ist die Verfügung unwirksam und der Pfleger kann die Mittel vindizieren, soweit der Drittterwerber nicht in irgend einer Weise geschützt ist und die Verfügung durch die Regeln über den guten Glauben dem Kinde gegenüber wirksam geworden ist. Mit der Genehmigung der Verfügung kann der Pfleger als Verwalter des Sondervermögens den Anspruch des Kindes gegen den Vater schon nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen. Eine Surrogationvorschrift erweist sich in diesem Falle als überflüssig wegen des Verhältnisses zwischen Pfleger und Kind, weil der Pfleger nach § 1909 ff. BGB. infolge seiner Stellung verpflichtet ist, von Zeit zu Zeit Rechenschaft abzulegen. Dazu bedarf es einer fortlaufenden Buchführung. Aus dieser läßt sich der Uebertragungsakt ersehen, wie überhaupt das Kindesvermögen und das Vermögen des Pflegers schon nach außen hin als getrennte Vermögen in die Erscheinung treten.

Die Surrogationsvorschrift des § 1638 II kommt demnach nur für die Handlungen des Pflegers in Frage. Alles, was in irgend einer Beziehung zu diesem Sondervermögen steht, soll dem Sondervermögen anwachsen. Aus der wirtschaftlichen Natur des Sondervermögens ergibt sich dann auch, daß nicht nur der Ersatz für das Ausgeschiedene dem Sondervermögen zufällt, sondern auch jeder Gewinn dem Sondervermögen anwächst. Voraussetzung ist eben, daß sich das Rechtsgeschäft subjektiv und objektiv auf das Sondervermögen bezieht.

§ 2b.

Der Rechtsgedanke der Surrogation bei dem sogenannten freien Kindesvermögen nach § 1651 BGB.

Wie die Frau im gesetzlichen Güterstande ihr Vorbehaltsgut hat, ebenso hat der Gesetzgeber für das Kind ein freies Kindesvermögen geschaffen. Der Frau sollte beim Vorbehaltsgut die freie Verfügung und Nutznießung in jeder Weise gewährleistet werden. Beim freien Kindesvermögen sollte dem Kinde wenigstens die Nutznießung allein gebühren, ein Verfügungsrecht allerdings nicht, da es wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit über das freie Kindesvermögen nicht selbständig verfügen kann, also eines Verwalters bedarf. Deshalb hat auch der Gesetzgeber das freie Kindesvermögen als ein Sondervermögen be-

handelt. Der juristische und wirtschaftliche Zusammenhang irgend eines Erwerbes mit diesem Sondervermögen soll dem Sondervermögen wieder zufallen. Entsprechend diesem Zwecke bestimmt der Gesetzgeber auch für diesen Fall die Surrogation gemäß § 1638_{II} BGB.

Jetzt wäre noch einmal auf die Ausführungen zurückzukommen, welche die Ansprüche der Frau aus den §§ 823, 825, 843, 844 und 847 BGB. betreffen. Dort wird festgestellt, daß diese Ansprüche zum eingebrachten Gute gehören, weil sie nicht in den §§ 1366—1370 BGB. aufgezählt sind. Ferner wurde dort schon angeführt, daß diese Entscheidung dem natürlichen Empfinden widerspreche. Meiner Ansicht nach ist die entsprechende Entscheidung in Anwendung auf das Kind noch widersinniger.

Die Frau ist für ihr Leben an ihren Mann gebunden. Erleidet sie bei einem Unglück Einbuße ihrer körperlichen Fähigkeiten, so hat dies für sie nicht so schlimme Folgen wie für das Kind. Ihre Aufgabe besteht doch in den meisten Fällen, — es ist aber auch die Bestimmung der Frau — für den Haushalt zu sorgen. Selbst bei starker Beeinträchtigung ihrer Gesundheit kann sie ihren Pflichten nachkommen und die Nutznießung an den Einkünften aus den evtl. Schadensersatzansprüchen kommt ihr infolge des ehelichen Verhältnisses auch zugute. Anders steht es aber mit dem Kinde. Das Kind steht später auf eigenen Füßen und soll sich selbst ernähren. Dann ist es wohl richtiger, wenn auch die Nutznießung an den Einkünften dem Kindesvermögen zufällt. Es entspricht dem Schutzbedürfnis des Kindes, eben diese Ansprüche dem freien Kindesvermögen zuzuweisen. Der Körper des Kindes ist doch etwas ganz Persönliches. Daß dieses höchstpersönliche Gut hinter den ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen (§ 1650) oder hinter dem, was das Kind durch seiner Hände Arbeit erwirbt, zurückstehen soll, kann kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein.

In irgend einer Weise Surrogation eintreten zu lassen, ist nicht angängig und würde den gesetzlichen Bestimmungen widersprechen. Aber wäre es nicht dem menschlichen Empfinden und dem Gerechtigkeitsempfinden eines jeden entsprechender, wenn diese Ansprüche auf Grund ihres höchstpersönlichen Charakters dem freien Kindesvermögen zufallen und von der Nutznießung des Vaters ausgeschlossen würden? Das Kind würde in vollem Maße eine Entschädigung erhalten. Diese Entscheidung würde auch der Idee der gesetzgeberischen Maßnahmen näher kommen; denn diese Idee bezweckt, im Verhältnis von Vater zu Kind das Kind in weitgehendster Weise zu schützen und sicherzustellen.

Dafür, daß diese Entscheidung nicht gesetzlich niedergelegt ist, glaubt Mitteis [9]) eine Erklärung darin zu finden, daß die „Persönlichkeitsgüter zur Zeit der Erschaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches noch nicht in das Blickfeld der Gesetzgebung eingetreten waren". Auch er verlangt unbedingt aus der Sonderstellung der Persönlichkeitsgüter heraus, daß „der Katalog der Gegenstände, die gesetzlich zum freien Kindesvermögen gehören, durch Zurückführung der Einzelfälle auf ein höheres Prinzip berichtigt und erweitert wird".

Der Gesetzgeber läßt nur für den Fall des § 1651 BGB. Surrogation eintreten. Für den § 1650 BGB. eine Surrogationsbestimmung auf-

---

[9]) Mitteis in Festgabe für das RG. III. Bd., S. 212.

zustellen, erübrigt sich; denn jeder Gegenstand, mag er mit Mitteln des allgemeinen Vermögens oder in Beziehung auf das Sondervermögen des § 1638 erworben sein, wird freies Kindesvermögen schon infolge seiner Beschaffenheit, wenn es sich um ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmte Sachen handelt, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte.

Ergebnisse.

1. Im BGB. kann man wegen der zwiefachen Gestalt der Surrogation nicht von einem allgemeinen Surrogationsprinzp sprechen, sondern nur von Anwendungsfällen des Rechtsgedankens der Surrogation.
2. Der Ausdruck „die Mittel" in der Surrogationsbestimmung „mit Mitteln des Vermögens" ist ein rein wirtschaftlicher.
3. Aus der Mittelverwendung von Sondervermögen ist auf den subjektiven Zusammenhang zu schließen, es sei denn, daß dem eine ausdrückliche Erklärung oder andere Umstände entgegenstehen.
4. Die Surrogation des § 1646 BGB. findet Anwendung, sowohl wenn mit Mitteln des allgemeinen Kindesvermögens als auch wenn mit Mitteln des Sondervermögens erworben wird. Jeder Erwerb mit irgend welchen Mitteln des Kindesvermögens fällt also stets dem Kindesvermögen wieder zu, es sei denn, daß der Verwalter des Kindesvermögens nicht für Rechnung des Kindesvermögens erwerben will.
5. Den Handlungen des Vaters, selbst wenn ihm eine Verfügungsberechtigung fehlt, kann deshalb nicht jede Wirkung abgesprochen werden, weil er gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Es finden die Regeln über Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung.
6. Verfügt der elterliche Gewalthaber ohne Verwaltungsrecht über Kindesvermögen, so kann der Verwalter des Kindesvermögens das Erworbene nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag herausverlangen.
7. Die Ansprüche des Kindes aus den §§ 823, 825, 843, 844, 847 BGB. fallen als höchstpersönliche Ansprüche gemäß § 1650 BGB. ins freie Kindesvermögen.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Beckmann, wurde als Sohn des Kaufmanns Heinrich Beckmann und seiner Ehefrau Luise geborene Abendroth am 22. Januar 1910 zu Herne i. Westf. geboren. Nach dem dreijährigen Besuch einer Vorschule in Herne wurde ich auf dem Gymnasium zu Herne aufgenommen. Ostern 1928 bestand ich dann die Reifeprüfung. Ich wandte mich dem juristischen Studium zu und besuchte die Universitäten Freiburg i. Br., Berlin und Bonn. Am 21. Oktober 1932 bestand ich das erste juristische Examen am Oberlandesgericht in Köln und am 17. Juni 1934 an der Universität zu Freiburg i. Br. die juristische Doktorprüfung.

Die Drucklegung der Arbeit verzögerte sich aber infolge der allgemeinen wirtschaftlichen Lage und infolge des Todes meines Vaters.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.